الكتاب : المنهج المنير تمام الروض النضير

المؤلف :

والمختار عند الجمهور، والهادوية: إن العبد الكافر كيف كان إذا أعتقه المسلم، فإن مات العتيق مسلماً فالحكم ما تقدم، وإن كان كافراً أو لم يكن له وارثاً فلبيت مال من كان منهم، وإن تحاكم ورثته إلى المسلمين فكقسمة تركة المسلم، على ما تقدم.

الثالث: إذا أعتق الكافر عبداً مسلماً لا يرثه بالولاء عند الجمهور حجتهم الأدلة السالف ذكرها، وعن أحمد رواية أنه يرثه، ونقل مثله عن علي.

واحتج بما أخرجه النسائي، والحاكم، والدار قطني، من طريق ابن جريج عن أبي الزبير، عن جابر بن عبد الله، أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال: ((لا يرث المسلم النصراني إلا أن يكون عبده أو أمته)) .

وأخرجه الدارمي بلفظه، وتقدم كلام البيهقي أنه موقوف على جابر، قال ابن حزم: وهو المحفوظ، وذكره في (مجمع الزوائد) ورواه الطبراني في (الأوسط) ورجاله ثقات، وذكره في (المنحة) قال: فالأرجح وقفه فلا حجة فيه، وعلى صحة رفعه يحتمل أنه أراد بالميراث أن يكون له تركة مالاً، وسماه عبداً مجازاً، بقرينة الأحاديث التي سنذكرها في (باب المكاتب). انتهى.

وقد أعله ابن حزم بتدليس أبي الزبير، وهو مردود بما أخرجه عبد الرزاق عن ابن جرير، عن ابن الزبير: أنه سمع جابراً .. ولما ذكره البيهقي أنه موقوف على جابر، وقال هو المحفوظ، ورجح البدر في ((المنحة)) وقفه، وذكر ابن حزم: أنه لا حجة في قول أحد دون رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم، فلا حجة فيه لأحد، والله أعلم.

(236/2)

باب الغرقى والهدمى

عقد الإمام عليه السلام هذا الباب لبيان أحكام فرائض الغرقى والهدمى ومن أشكل ترتيب

موتهم، يعني من الحرقاء، والقتلى، والمرتدين، وغيرهم ممن جهل موتهم، ولم يعلم أيهم مات أولاً، أو ارتد، أو لحق بدار الحرب.

وما تقدم من الأبواب فيمن علم ترتيب موتهم، ويلحق بهذا الباب موت الفجأة، والطاعون، والبرسام، والمدبرون في (المنهاج الجلي) ويلحق بـ(باب الغرقى): أن يكون كل واحد من الأموات في بلد ثم يموتون، ولم يعلم أيهم مات أولاً.

قال الشيخ العصيفري، وصاحب (المنهاج): ويدخل في هذا الباب من خرجت أرواحهم من لم يعلم ترتيب موته، سواء علمنا خروج أرواحهم في حالة واحدة أو التبس وجعله للمذهب.

والأصح عند المذهب: أنه إن علم خروج أرواحهم في حالة واحدة أو التبس فلا موارثة فلا يكون من هذا الباب، لأن شرط الإرث في هذا الباب أن يعلم أن الوارث كان حياً عند خروج روح المورث، كما ذكره أبو جعفر، وابن أبي الفوارس، وابن أبي النجم، وقواه الفقيه يوسف، ولعل كلام الشيخ مبني على ما حكى عن المؤيد بالله وغيره، أن الشرط يقارن المشروط، وأهل المذهب شرطوا تأخر المشروط عن الشرط.

قال في (المنار): إذا شكل ترتيب الموتى احتمل أمرين الإتفاق في وقت واحد والتقديم والتأخير، وكل منهم على الثاني يحتمل أنه المتقدم وأنه المتأخر، فعلى فرض الإتفاق في نفس الأمر لا توارث، وعلى فرض الإختلاف نقول: في كل واحد يحتمل أن هذا متأخر ورث، ويحتمل أنه متقدم فلا يرث، وإن كان كذلك فلا يجوز نزع المال عن محله الذي كان عليه إلا بدليل.

(237/2)

والمفروض أنه لا دليل، فيجب بقاؤه على الأصل، فيلزم أنه يرفعه الحي دون الميت على تقديرين، فالتقدير نفسه لم يحصل علماً ولا ظناً حتى يستند إليه، وإنما يخبرنا فاستندنا إلى الأصل، وهذه هي صورة الإستصحاب التي يجب العمل به فيها.

وقالت به الحنفية، مع نفيهم للعمل بالإستصحاب الذي لا يستند إلى دليل شرعي . انتهى.

وحقيقتهم: هم الموتى المتوارثون فيما بينهم المجهول موتهم . أي الذي لم يظهر خروج أرواحهم معاً . في آن واحد فيجب توريث بعضهم من بعض ولا يورث أحد منهم مما ورث منه صاحبه، إلا أن ذلك لا يثبت إلا بشروط، ذكرها أهل المذهب والجمهور، على عدم اعتبارها لشمولها ما سيأتي لما يعتبر منها، وسنذكر ذلك في بيان تحرير محل النزاع.

الأول: أن يعلم موتهم ويجهل الترتيب، وسواء كان الجهل أصلياً أو طارئاً عند المذهب ومن

وافقهم، وعند من سيأتي أنه إذا علم الأول بعد ذلك أنه ليس من هذا الباب، فيوقف المال حتى يتبين الأول أو يصطلح الورثة، فإن لم يعلم موتهم فليس من هذا الباب، أو علم موتهم وعلم الترتيب فمن باب المناسخة.

الثاني: أن يكون لهم أو لأحدهم مال موروث، واشتراط ذلك ظاهر.

الثالث: أن يكون جميعاً أو بعضهم متوراثين فيما بينهم؛ لأنهم لو لم يكونوا كذلك فهم أجانب وميراث كل واحد منهم لورثته.

الرابع: أن يكون لهم ورثة أحياء، وإلا فلبيت المال، فإن كان أحدهم لا وارث له وله مال فحصته التي ورثها من الغريق لبيت المال.

(238/2)

الخامس: أن لا يكون لكل واحد من الورثه الأحياء من يستوعب المال أو يسقط أصحابه الغارقين؛ لأنه إذا استوعب المال وأسقطهم لم يبق وجه إلى تقدير أحياء من مات منهم، نحو: أن يغرق أربعة إخوة لأبوين أو لأب ولكل واحد منهم ابن، فإن ميراث كل واحد منهم لإبنه، وأكثر مؤلفات الفرائض لم تذكر فيها هذه الشروط ولا بعضها، لإن اعتبارها معلوم، وكثير ما يشبه هذا الباب باب المناسخة، والفرق بينهما من وجوه:

الأول: إن المناسخة معلومة الترتيب.

الثاني: إنك تضم في المناسخة ما ورثه الميت الثاني من الأول إلى صلب ماله وتقسمه على ورثته الأحياء والأموات.

الثالث: إن المال في المناسخة يدخل في ملك الوارث حقيقة، ذكره أحمد بن موسى العباسي شارح ((الدرر)) .

الرابع: أن المناسخة لا تكون إلا مسألة واحدة .

بخلاف هذا الباب في الأربعة الوجوه كما ستعرف في قول الإمام عليه السلام، وما سنذكر عليه بلفظ:

(239/2)

[ميراث الغرقى والهدمى]

حدثني زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي عليه السلام: ((أنه كان يورث: الغرقى،

والهدمى، والقتلى الذي لا يعلم أيهم مات أولاً بعضهم من بعض، ولا يورث أحد منهم ما ورثه صاحبه شيئاً)).

قال في التخريج: البيهقي في (الفرائض) في (باب من عمى موته) بإسناده، عن حزن بن بشير الخثعمي، عن أبيه: أن علياً ورث رجلاً وإبنه أو أخوين أصيبا بصفين لا يدري أيهما مات قبل الآخر، فورث بعضهم من بعض ـ انتهى.

وأخرج الدارمي في (باب الغرقى والهدمى) عن حزن ـ المذكور ـ عن أبيه عن علي أنه ورث أخوين قتلا بصفين أحدهما من الآخر. انتهى.

لم أقف على ترجمة لحزن بن بشير المذكور ولا لأبيه بشير في الكتب التي عرفت، ومن دونهما في الكتابين ثقات ـ انتهى.

قلت: في سنن البيهقي، وعن قتادة: إن عمر ورث أهل طاعون عمواس بعضهم من بعض .

قال البيهقي: وأخرج عبد الرزاق عن الشعبي أن عمر وعلياً رضي الله عنهما قضيا في القوم يموتون جميعاً لا يدري أيهم مات قبل، أن بعضهم يرث بعضاً .

وقد سبق عن الشعبي، عن عمر: أنه ورث بعضهم من بعض من تلاد أموالهم، ولا يورثهم مما ورث بعضهم من بعض، وفي رواية أنه قال لعلي: ((ورث هؤلاء)) فورثهم من تلاد أموالهم.

قوله: ((من تلاد أمولهم)) هو بفتح التاء المثناه من أعلى، وكسرها: المال القديم الأصلي، قال البيهقي: وهاتان الروايتان منقطعتان وقد قيل عن قتادة عن قبيصة بن ذؤيب، عن عمرو هو أيضاً منقطع قال: فما رويناه عن عمر أشبه أنه لم يورث بعضهم من بعض .

(240/2)

وقال الإمام أحمد: وروي عن أياس بن عبد المزني، أنه قال: يورث بعضهم من بعض وقول الجماعة أولى.

وأخرج الدارمي: أخبرنا جعفر بن عون، أنا ابن أبي ليلى، عن الشعبي: أن بيتاً في الشام وقع على قوم فورث عمر بعضهم من بعض .

وأخرج الدارقطني: حدثنا عبد الله بن محمد بن سعيد المقرئ، نا يعقوب الدروقي، نا روح بن عبادة، نا زكريا بن إسحاق، عن عمرو بن دينار، عن أبي المنهال، عن إياس بن عبد المزني وله صحبة: أن قوماً وقع عليهم بيت فورث بعصهم من بعض .

وأخرج الدارقطني ـ أيضاً ـ قال: نا محمد بن حمدوية، نا محمود بن آدم، نا سفيان، عن عمرو عن أبي المنهال، عن أياس بن عبد المزني، أنه سئل عن بيت سقط على أناس فماتوا؟ فقال:

يورث بعضهم من بعض .

وأخرج الدارمي: أخبرنا أبو نعيم، ثنا سفيان، عن حريش، عن أبيه، عن علي عليه السلام: ((أنه ورث أخوين قتلا بصفين، أحدهما من الآخر)) . انتهى.

وإسناد الدارقطني صحيح، وأبو المنهال: هو عبد الرحمن بن مطعم البناني المكي، وثقه أبو زرعة، وروي من طريق الناصر.

وأخرج ابن أبي شيبة: عن عمر، أنه ورث قوماً غرقوا بعضهم من بعض وأخرج سعيد بن منصور ومسدد من طريق الحارث الأعور قوماً غرقوا فورث علي بعضهم من بعض .

وفي (الجامع الكافي) قال محمد بن منصور: أجمع أهل العلم على أن علياً كان يورث الغرقي بعضهم من بعض . يعني من صلب أموالهم التي خلفوها ولم يورث أحداً منهم مما ورث صاحبه شيئاً . انتهى.

(241/2)

وفي تخريج الفرائض، حديث: ((أن علياً عليه السلام ورث رجلين متوارثين قتلا بصفين، ولم يعلم سبق أحدهما بعضهما من بعض)) وكذا ما روي أنه ورث قوماً غرقوا في سفينة ، رواهما في (أصول الأحكام) بإسناده عن علي عليه السلام.

وهذه الأدلة متعاضدة فيما بينها ومجموعها ناهضة على مدلول حديث المجموع بتوريث بعضهم من بعض، والحديث يدل على ثبوت توريث الغرقى والهدمى والقتلى ومن أشكل ترتيب موتهم بعضهم من بعض من صلب أموالهم، ولا يورث ميت من ميت مما ورثه من ميت آخر . يعني أنك تقدر موت أحدهم عن صلب ماله عن ورثته الأحياء والأموات، وتقسمة بينهم على الفرائض الشرعية، ثم الثاني كذلك، ثم كذلك واحداً بعد واحد .. إلى آخر الموتى.

وما أتى لأحد الأموات من مال من أبيه أولاً قسمته على ورثته الأحياء فقط على الفرائض الشرعية.

واختلف العلماء في هذه المسألة: فالمشهور عن أمير المؤمنين علي بن أبي طالب هو ما ذكرنا في دلالة الخبر، وبه قال عمر بن الخطاب، ونسبه في (البحر) إلى العترة جميعاً، وابن مسعود، وسريح، والنخعي، وابن أبي ليلى.

وزاد في (الخالدي) نسبه إلى جماعة من أهل الكوفة، والحنفية، وهو قول جمهور أئمة أهل البيت، وفي (الجامع الكافي) نسبه إلى جماعة من الصحابة منهم: إياس بن عبد المزني، وجماعة من التابعين منهم الحارث وعبيدة، وإبراهيم، والشعبي . انتهى.

وذكره المذاكرون للمذهب، وادعا أبو جعفر إجماع أهل البيت، قال: وخلاف أبي عبد الله ساقط، ولأنه بعد الإجماع ذكره في (الخالدي).

(242/2)

وقال أبو بكر، وزيد بن ثابت، وابن عباس، وإياس بن عبد المزني، في رواية، والحسن بن علي، وأبو عبد الله الداعي، والحسن البصري، والعنبري، وعدة من التابعين منهم: الحارث وعبيدة في رواية عنهما، وأبو حنيفة وأصحابه، والشافعي، ومالك، وعمر بن عبد العزيز، وسعيد بن المسيب، وهو قول عامة الفقهاء، وقواه السيد، يحيى ذكره في (البحر) وغيره.

ومن المتأخرين: المحققان: المقبلي، والجلال: أنه لا يرث بعضهم من بعض، بل نحكم بموتهم دفعه واحدة فيرث كلاً ورثته الأحياء، وعد بعض العلماء استبهام تاريخ الموتى بغرق أو نحوه مانعاً، وأن انتفاء الإرث فيه لانتفاء شرطه، الذي هو تحقق وجود الوارث حياً عند موت المورث لا لمانع.

وقال بعض الحنفية: بالتحويل، قال أبو طالب: وهذا هو القياس إلا أن القياس يكون مخالفاً للإجماع، لأن الأمة بين مورث بعضهم من بعض وبين غير مورث، والجمهور: على أنه أخذ من كل قول بطرف فلا يكون مخالفاً للإجماع، وقال أبو مضر: الأولى أن يجعل المال بين ورثة الميتين بالتراضي على وجه الصلح على ما يتفقون عليه، ليكون أحوط.

قال أبو يوسف: كلام أبي مضر مصادم لأقاويل العلماء، والأدلة المذكورة المأثورة على الإحتجاج والقياسات الصحيحة.

احتج الأولون بحديث الأصل وشواهده وكلها ناهضة على الإحتجاج.

واحتجوا ـ أيضاً ـ بما قاله محمد بن منصور في (الجامع الكافي) بلفظ: أجمع أهل العلم على أن علياً عليه السلام كان يورث الغرقى بعضهم من بعض .. إلى آخر ما تقدم.

(243/2)

وفيه: قال: قال يحيى بن آدم: وتوريث الغرقى بعضهم من بعض أثبت القولين عندنا، ألا ترى أن من لا يورث بعضهم من بعض يبطل ميراث آخرهم موتاً ثم يجعلهم كأنهم ماتوا جميعاً وهو يعلم ذلك.

ومن حججهم: دلالة صورة الإستصحاب التي يجب العمل بها كما أشار إلى ذلك في (المنار)

السالف ذكره، وذكر في (المنهاج الجلي) من غير طريق الإمام عليهم السلام: أنه سئل عن زوجين وابنتيتن غرقوا في سفينة، وترك كل واحد منهم ثلاثين درهماً، فورث بعضهم من بعض من تالد أموالهم.

واحتجوا . أيضاً . بالقياس على العتق حين جاءت الشبهة وعلم أنه قد أعتق أحدهما، ولم يعلم أيهما جعلت قيمة واحدة بينهما نصفان وأعتقا جميعاً، ونحن على يقين أنه لم يعتقهما جميعاً فجعل لأحدهما ما ليس له، وأخذ من الآخر ما ليس عليه، ولكن لما وقعت الشبهة أعتقا جميعاً، وضمنا قيمة المملوك منهما، فلما لم يعرفوه بعينه قسموا القيمة عليهما.

ذكره في (الجامع الكافي)، وفيه: قال محمد: وإذا تجلت الحرب وبعضهم يرث بعضاً لا يدري أيهما قتل أولاً، فإنهم يورثون على مواريث الغرقى، ولها نظائر في الفقه وقعت الشبهة فيها، لإختلاف فيها بين الفقهاء.

ومنها: أن يطلق الرجل إحدى امرأتيه ولم يدخل بها، ثم يموت ولم يبين أيهما هي، فلهما ميراث إمرأة بينهما.

ومنها: الخنثى المشكل، وسيأتي في الباب الآتي، وأمثال ذلك كثير.

(244/2)

واحتج أبو بكر ومن معه بما أخرجه البيهقي، قال: أخبرنا أبو عبد الله الحافظ، أنا أبو العباس محمد بن يعقوب، ثنا محمد بن إسحاق، ثنا يحيى بن أبي كثير ، ثنا إبراهيم بن معاوية، ثنا عباد بن كثير، ثنا أبو الزناد، عن خارجة بن زيد، عن زيد بن ثابت، قال: أمرني أبو بكر حين قتل أهل اليمامة: أن يورث الأحياء من الأموات، ولا يورث بعضهم من بعض .

وبهذا الإسناد قال: أمرني عمر بن الخطاب ليالي طاعون عمواس، قال: كانت القبيله تموت بأسرها فيرثهم قوم آخرون، قال: فأمرني أن أورث الأحياء من الأموات، ولا أورث الأموات بعضهم من بعض .

وأخرج الدارقطني قال: حدثنا عبد الله بن محمد بن عبد العزيز، نا محمد بن بكار، نا عبدالرحمن بن أبي الزناد، عن أبيه، عن خارجة بن زيد بن ثابت، عن أبيه، قال: كل قوم يتوارثون إلا من عمى موت بعضهم قبل بعض في هدم أو حرق أو قتال، أو غير ذلك من وجوه التوالف، فإن بعضهم لا يرث بعضاً ولكن يورث كل إنسان منهم يرثه أولى الناس به من الأحياء، كأنه ليس بينه وبين من عمي موتهم قرابة .

وأخرجه الدارمي قال: ثنا يحيى بن حسان، ثنا ابن أبي الزناد، عن أبيه، عن خارجة بن زيد، عن

زيد بن ثابت، قال: كل قوم يتوارثون إلا من عمي موتهم في هدم أو غرق، فإنهم لا يتوارثون يرثهم الأحياء .

وأخرج ـ أيضاً ـ : ثنا يحيى بن حسان، ثنا حماد بن زيد، عن يحيى بن عتيق، قال: قرأت في بعض كتب عمر بن عبد العزيز في القوم الذين يقع عليهم البيت لا يدري أيهم مات قبل؟ قال: لا يورث الأموات بعضهم من بعض، ويورث الأحياء من الأموات .

(245/2)

وأخرجه الدارمي بلفظه إسناداً ومتناً في (باب الغرقى) وأخرج البيهقي: أخبرنا أبو عبد الله الحافظ، ثنا أبو العباس محمد بن يعقوب، ثنا محمد بن إسحاق الضغاني، ثنا شعبة بن أبي مريم، ثنا ابن أبي الزناد، قال: حدثني أبي، عن خارجة بن زيد بن ثابت، عن أبيه زيد بن ثابت: أنه قال في قوم يتوراثون هلكوا في هدم أو غرق أو غير ذلك من التوالف فلم يدر أيهم مات [قبل]؟ قال: لا يتوارثون .

وأخرج من طريق ابن الزناد عن الفقهاء من أهل المدينة كانوا يقولون: كل قوم متوارثين [متوارثون تحقق] ماتوا في هدم أو غرق أو حريق أو غير ذلك، فعمي موت بعضهم قبل بعض، فإنهم لا يتوارثون ولا يحجبون وعلى ذلك كان زيد بن ثابت، وقضى بذلك عمر بن عبد العزيز .

وأخرج الدارقطني ثنا أبو بكر النيسابوري، ثنا بحر بن نصر بن وهب، أخبرني سفيان الثوري، عن داود بن أبي هند، عن عمر بن عبد العزيز: أنه كان لا يورث ميتاً من ميت، ويورث الأحياء من الأموات .

وأخرج البيهقي ـ أيضاً ـ من طريق جعفر بن محمد، عن أبيه: أن أم كلثوم بنت علي وابنها زيداً بن عمر بن الخطاب وقعا في يوم واحد، والتقت الصايحتان، فلم يدر أيهما هلك قبل فلم ترثه ولم يرثها، وأن أهل صفين لم يتوارثوا، وأن أهل الحرة لم يتوارثوا .

وأخرجه الدارقطني من طريق نعيم بن خالد، عن عبد العزيز بن محمد، ثنا جعفر، عن أبيه، أنه أم كلثوم ..إلى آخره.

(246/2)

وأخرجه الدارقطني ـ أيضاً ـ بلفظ إسناده من لدن محمد بن القاسم إلى آخره ولفظ متنه، والداوردي: هو عبد العزيز بن محمد بن عبيد الداوردي أبو محمد صدوق، وكان يحدث عن كتب فيخطئ كذا في (التقريب).

وأخرجه الدارقطني أيضاً من طريق أبي بكر، نا بحر، نا ابن وهب، أخبرني عبد الله بن عمر بن حفص: أن أم كلثوم .. إلى آخره.

قوله: ((والتقت الصائحتان)): أي اتفق بكى كل واحد على ميته في آن واحد من غير علم بتقدم موت أحدهما.

وأخرج عبد الرزاق عن زيد بن ثابت: أنه ورث الأحياء من الأموات ولم يورث الموتى بعضهم من بعض وكان ذلك يوم الحرة .

وأخرج البيهقي، قال: وأخبرنا سفيان الثوري، عن أبي الزناد، قال: قسمت مواريث أصحاب الحرة، فورث الأحياء من الأموات ولم يورث الأموات من الأموات .

وأخرج عبد الرزاق، عن الزهري قال: قضت السنة بأن يرث كل ميت وارثه الحي ولا يورث الموتى بعضهم من بعض .

وأجل ما يحتج به لمن ذكرنا هو ما تقدم أن شرط الميراث هو الجزم بموت المورث وحياة الوارث، وأن لا يحصل الجزم بالأمرين وقف التوريث وعدمه على الإنكشاف، فإن أمكن الإنكشاف كالحمل والمفقود، وإلا يمكن الإنكشاف بطل التوريث لبطلان شرطه وهو الجزم كالغرقا ومن أشكل ترتيب موتهم؛ لأنه هنا وإن وقع الجزم بموت المورث فلم يقع الجزم بحياة الوارث بعد موت المورث وتعذر الإنكشاف فبطل توريث الغرقى، ومن جهل من المتوراثين ترتيب موتهم قاله المحقق الجلال في (ضوء النهار).

(247/2)

وفي الباب من طريق أبي الزناد عند البيهقي قال: أخبرني الثقة أن أهل الحرة حين أصيبوا كان القضاء فيهم على زيد بن ثابت، وفي الناس يومئذ من أصحاب النبي صلى الله عليه وآله وسلم ومن أبنائهم أناس كثير .

ومن طريق عمارة بن جزم عن أبيه، عند البيهقي: أن علياً [رضي الله عنه] ورث قتلى الجمل، فورث ورثتهم الأحياء .

ومن طريق يحيى بن سعيد، عند البيهقي ـ أيضاً: أن قتلى الجمل والحرة ورث ورثتهم الأحياء .

وفي (الموطأ) والبيهقي من طريق ربيعة بن [أبي] عبد الرحمن، عن غير واحد من علمائهم: أنه

لم يتوارث من قتلى يوم الجمل ويوم صفين ويوم الحرة، ثم كان يوم قديد فلم يتورات أحد ممن قتل منهم من صاحبه شيئاً، إلا من علم أنه قتل قبل صاحبه. قال مالك: وذلك الأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا ولا شك عند أحد من أهل العلم ببلدنا .

أجاب الأولون: بأن حجج الآخرين كلها آثار عن زيد بن ثابت، وعمر، وأبي بكر ومقلديهم، على أنها لا تقاوم ما روي عن أمير المؤمنين علي بن أبي طالب، وعدم توريث أم كلثوم بنت علي من ابنها زيد بن عمر، وعدم توريثه منها محمول على عدم المال مع كل منهما، وما روي عن علي في قتلى الجمل في إسناده شيخ من البصرة لم يعلم من هو، فلا تقوم به الحجة، وقضى عمر بن عبد العزيز، وعمل أهل المدينة ليس بحجة.

(248/2)

وأجاب الآخرون: بأن حزنا وأباه مجهولان، وقد قال البيهقي في الحديث: كذا قال، ونحن إنما نأخذ بالرواية الأولى عن عمر: أنه لم يورث بعضهم من بعض، والروايتين عن عمر: أنه ورث، قال البيهقي: منقطعتين ومعارضة، بما روي عنه من طريق زيد بن ثابت وغيره، أنه لم يورث بعضهم من بعض فما رويناه عن عمر أشبه.

ورواية الدارمي عن حريش في البيهقي: أن حزن بن بشير المذكور، وما رواه أياس، قال أحمد: وقول الجماعة أولى.

ورد في (البحر) و(الخالدي) ما قالوا أن علياً لم يورث قتلى الجمل وصفين بقوله: بل روي عن الناصر: أن رجلاً وإبنه وأخواه قتلوا يوم صفين ولم يعلم المتقدم، فورث علي بعضهم من بعض. قلت: ورواه الطبراني، والبيهقي، وإلا فما قالوه محمول على أنهم غير متوراثين أو لا مال لهم أو قتلوا في حال واحدة، والأشهر عنه عليه السلام خلافه أنه ورث بعضهم من بعض، ذكره في (الشفاء).

وأجاب في (ضوء النهار) بلفظ: ورد بأن الشك لا يثبت به حكم شرعي وكعقدي نكاح أشكل تقدم أحدهما ودليلين تعادلا فإنهما يبطلان ويرجع إلى البراءة عن حكم كل منهما كما تقدم في النكاح وفي (الأصول) ولو سلم الفرق فالقياس هو التحويل، وفي كل المال لا في بعضه فالتخصيص تحكم. وأيضاً. إذا غرق زيد وعمر مثلاً، جاز أن يكون موت زيد قبل عمرو وبعده ومعه وارث كل منهما، إنما يثبت على تقدير تأخر حياته، ويبطل على تقدير تقدم موته ومقارنته، وحصول واحد من إثنين أغلب الظن من حصول واحد معين كما علم في (الأصول). انتهى.

(249/2)

على أنك إذا نظرت في دلالة حجج الفريقين على القاعدة الأصولية فأنت خبير بأن أدلة الآخرين نافية لتوريث الغرقى ومن أشكل ترتيب موتهم بعضهم من بعض، فهي مرجوحة، وأدلة الأولين مثبتة لتوريث بعضهم من بعض فهي راجحة، والمختار عند جمهور الأصوليين: أن المثبت أولى من النافي.

وأما نسبة الخلاف إلى الحسن بن علي كما في (البحر) وغيره أو الحسين بن علي في (النور الفائض) إن صحت الرواية عمن نسبت إليه، فلا يضر في الرواية عن أمير المؤمنين، ولعل الحسن أو الحسين لم يبلغه ما تقدم عن أمير المؤمنين قولاً وعملاً.

والظاهر أن نسبة الخلاف إلى الحسين بن علي لم تثبت إذ لم يعرف إسنادها، ورواية المجموع من طريق الحسين بن علي أثبت، وأما ابن عباس فخالف أمير المؤمنين في كثير من المسائل كما عرفت وسيأتي من ذلك مسائل كثيرة.

وبقيه الأقوال لم أجد لها أدلة إلا من قال بالتحويل فسيأتي.

إذا عرفت هذا فاعلم أن لابد من تحرير محل النزاع في هذا الباب لتوارد النفي والإثبات على محل واحد، فنقول: الموتى المتوارثون حيث كان لهم مال أما أن لا يعلم موتهم في آن واحد أو يعلم الثاني ليس محل النزاع وما كل واحد لورثته الأحياء وفاقاً على الصحيح الذي قرره المتأخرون:

الأول: أن لا يعلم الترتيب معيناً أو يعلم.

الثاني: ليس محل النزاع إذ ميراث الأول موتاً لورثته الأحياء، ومن تأخر موته من ورثته.

والأول: إما أن لا يعلم الترتيب ولا المعية، أو يعلم الترتيب بلا تعيين.

الثاني: ليس محل النزاع إذ من يرى توريث بعضهم من بعض يجعله تحويلاً على القول الثالث.

(250/2)

والأول: حيث جهل الترتيب والمعية وهو محل النزاع.

وقد أغنى ما ذكرنا عن بيان ما ذكره أهل الفرائض من الشروط في هذا الباب بشمول ما ذكرنا من المعتبر منها هنا.

ويَخرج من هذا الباب حيث لا مال لهم أو كان ولا موارثة بينهم فمتروك كل واحد منهم لورثته إن كان له ورثة أحياء، وإلا فبيْت المال.

وما ذكرنا أن محل النزاع حيث والترتيب لا يرد نقضنا على من قال بتوريث بعضهم من بعض

من تجويز موتهم معاً في آن واحد؛ لأن ذلك محط النزاع.
فإن قيل: إنه قد وقع الإتفاق على أن من شرط الأرث الجزم بتحقق حياة الوارث بعد موت المورث، وها هنا لم يتحقق الجزم لجواز موتهما معاً فلا يوجد الشرط فيجب توقف التوريث وعدمه على الإنكشاف إن أمكن كالحمل أو المفقود وإلا بطل التوريث، كالغرقى، ومن جهل من المتوارثين ترتيب موتهم بحياة الوارث بعد وفاة المورث.
وقد أجيب: بأن لا يتجه المقال في هذا الباب على من قال بالتوريث، لما عرفت سابقاً أن شرط هذا الباب جهل ترتيب موتهم واحتجاجهم في ثبوت توريث من في هذا الباب بالقياس على المعتق حين جاءت الشبهة ولما في صورة الإستصحاب من وجوب بقاء الوارث عند تقدير موت أحدهما على الأصل وهو الحياة.
وقد نص المذاكرون وغيرهم: أنه إذا كان ثم أصل يرجع إليه وجب ذلك، وها هنا الأصل الحياة في كل واحد وتقدير موت أحدهما طارئ.
وأما احتجاج أهل التحويل بحديث من قتلهم خالد بن الوليد، وبالقياس على تقدير موت زيد في أول الشهر وعمرو في آخره ثم التبس فمن نصب الدليل في غير محل النزاع.

(251/2)

وفي (المنار) وأما مذهب التحويل ففيه ما ذكرنا من نزع حق ممن كان له بالأمس إلى من لم يدل على تسليمه إليه دليل لأنه المفروض في صورة التحويل على من عليه الحق وما قيل من القياس على اللبس.
قد أجاب عنه صاحب (المنهاج الجلي) أن هذا، وإن كان القياس يوجبه فإنه ساقط بالإجماع لأن من لا يورث بعضهم من بعض لا كلام عليه، والذي يورث بعضهم من بعض لا يعتبر إلا الطريق التي ذكرناها، ولهذا أمثلة ونظاير يضيق بحصرها هذا المختصر، وهي موجودة في كتب الفرائض البيسطة.
وما قيل على الأولين لئلا يبطل ميراث فرضه الله أنه مع تسليمه معارض بمثله في قولهم أخوان لأب غرقا ولأحدهما بنت وللآخر أخت لأبويه ولهما ابن عم فمردود بحديث (المجموع) ولأنهم يبطلون ميراث ابن العم مع تحقق وجوده بعد المورث ويعطون ميراث الأخ الغريق مع عدم تحقق حياته بعد أخيه فتأمل. انتهى، بتصرف يسير وزيادة.
قلت: الظاهر عدم اعتبار ما قيل من أن توريثهم على جهة تجويز الإستحقاق فكيف يجزم باستحقاق من لم يظن استحقاقه لمال من يستحقه والنظير، بمسألة من لم يثبت نسبه والقياس

على المفقود والمطلقة الملتبسة، وغير ذلك.
لما عرفت من دلالة المجموع أن أمير المؤمنين علي لم يعتبر في توريث بعضهم من بعض أي شيء من ذلك وقد سبق غير مرة أن فعل أمير المؤمنين علي وقوله: فيما لم يرد به نص مرفوع أولى بالإتباع، لأنه باب مدينة العلم، وقرين الحق، والمدعو له بهداية قلبه، وتثبيت لسانه، وغير ذلك من المزايا السابقة في ترجمة هذا.

وذكر في (البحر) و(الجامع الكافي) و(المنهاج الجلي) وغيرها من كتب الفرائض كيفية توريث من في هذا الباب أن تميت كل واحد منهم مرتين أن كان الذي جهل ترتيب موتهم اثنين أو ثلاث مرات إن كانوا ثلاثة أو أربع مرات إن كانوا أربعة، وعلى هذا النحو إماتة الواحد منهم أولاً عن صلب ماله ليرث منه الأحياء والأموات، والثانية ليرث منه الأحياء فقط مما ورثه من الأموات الذين ماتوا معه، وكذلك تفعل بكل ميت. انتهى.
نحو: أخ وأخت غرقا وتركت الأخت بنتاً والأخ أولاد أخيه ثلاثه فتقدر موت الأخت أولاً عن صلب مالها عن بنتها وأخيها، فالمسألة من إثنين لبنتها النصف ولأخيها النصف، ثم تميت الأخ عما ورثه من أخته عن بنت أخيه وأولاد أخيه كان ما ورثه من أخته لأولاد أخيه ومسألتهم من ثلاثة، والتركة واحد مباين لمسألتهم فاضرب مسألتهم في الأولى يبلغ المال المنقسم على جميع الورثه ستة ومنها تصح الأولى وما بعدها وإن كثر الأخوة أو قلوا فمسألتهم من مبلغ عدد روؤسهم مضروبة في الأولى، ثم تعيد القسمة كما فعلت أولاً وبنت الأخت لا شيء لها، لأنها رحامية، ثم تميت الأخ عن صلب ماله ومسألته من إثنين لأخته النصف سهم ولاولاد أخيه الباقي سهم لا ينقسم عليهم، فاضرب رؤسهم في الأولى يبلغ المال المنقسم على جميع الورثة ستة، ثم توفيت الأخت عن بنتها وأولاد أخيها، والمسألة من اثنين، وتصح بعد الضرب من ستة، والتركة ثلاثة توافق المسألة بالأثلاث، فاضرب ثلث مسألتها في الأولى تصح من إثني عشر ثم تعيد القسمة على صفة ما ذكرنا.

واعلم: أن الكلام المذكور في هذا الباب مبني على تيقن موت الغرقا ومن أشكل ترتيب موتهم أما إذا لم يتيقن موتهم كمن انكسرت بهم السفينة ولم يعلم حالهم، وكمن قعدوا في معركة القتال ولم يتيقن موتهم فحكمهم حكم المفقود وسيأتي الكلام عليه قريباً إن شاء الله تعالى.

(254/2)

باب الخنثى

أتى به الإمام عليه السلام مؤخراً عن ميراث الذكر والأنثى المحققين؛ لتوقف معرفة مقدار ميراثهما وهو: بالثاء المثلثة، وهو التثني والتكسر.

أو من قولهم: خنث الطعام إذ اشتبه أمره، فلم يخلص طعمه المقصود، وشارك طعم غيره وفي (المصباح): والخنثى: الذي خلق له فرج الرجل وفرج المرأة، والجمع (خناث) مثل كتاب، و(خناثي) مثل حبلى وحبالي. انتهى.

وسمى به لإشتراك الشبهين فيه، قاله الماوردي وألفه للتأنيث، فيكون غير منصرف والضمائر العائدة إليه تؤتى بها مذكرة، وإن اتضحت أنوثته؛ لأن مدلوله شخص صفته كذا وكذا.

والخنثى قسمان: متميز، ومشكل.

الثاني اللبس جمع لبسة ـ بضم اللام ـ سمي بالمصدر لالتباس أمره، وهو الذي يعبر عنه الفقهاء والفرضيون بالخنثى المشكل وهو آدمي له ألتا الذكر والأنثى يخرج البول منهما معاً من غير سبق، وينقطع البول منهما معاً دفعة واحدة، ويميل إلى الرجال والنساء ميلاً واحداً، فلو اختل شرط من هذه الشروط لم يكن مشكلاً.

أو ليس له واحد منهما بل له ثقب أو أثقاب تحت السرة يخرج منه البول لا يشبه آلة من الآلتين ولا يتضح أمره مادما صبياً، فإن بلغ أمكن.

والأول قد يتضح وإن كان صبياً، وحقيقة الخنثى من له آلة كآلة الرجال وآلة كآلة النساء، سواء خرج البول منهما أو من أحدهما، فعلى هذا الخنثى يعم المتميز والملتبس واللبسة يختص بالملتبس، وقيل أنهما يعمان، وقيل: الخنثى للمتميز، واللبسة للملتبس، والصحيح عند الجمهور الأول.

(255/2)

هذا ومسألة الخنثى من شذوذ المسائل الخارجة عن القواعد والأصول ومن نوادر الفرائض، وهل توجد في غير الآدميين قال النووي في (تهذيب الأسماء واللغات) قال: صاحب (التنبيه) يقال: ليس في الحيوانات خنثى إلا في الآدميين والإبل، قال: قلت ويكون في البقر، فقد جائني جماعة قالوا عندهم بقرة ليس لها فرج أنثى ولا ذكر ثور . انتهى.

واعلم: أنه لا يتصور أن يكون المشكل زوجاً ولا زوجة؛ لعدم صحة مناكحته، ولا أباً ولا جداً ولا أماً ولا جدة؛ لأنه لو كان واحداً ممن ذكرنا لكان واضحاً وحكمه واضح مما تقدم والفرض أنه مشكل عندنا.

وفي عبارة (الكشاف) والخطيب وغيرهما: والخنثى وإن أشكل أمره عندنا فهو عند الله غير مشكل معلوم بالذكورة أو الأنوثة، فيحنث بتكليمه من حلف لا يكلم ذكراً ولا أنثى، لأن الله تعالى لم يخلق خلقاً من ذوي الأرواح ليس بذكر ولا أنثى، وليس بنوع ثالث خلا.

فلأبي الفضل الهمداني فيما حكاه وجهاً: أنه نوع ثالث، ذكره الخطيب قال: ويدفعه قوله تعالى: {يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاثًا وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ }[الشورى:49] ونحو ذلك قاله الأسنوي . انتهى.

وهو يتأتى في أربع جهات، وهي: البنوة، والأخوة، والعمومة، والولاء، وأول من قضى في الخنثى على ما ذكره أبو معوضة وأبو هشام وغيرهما فارض العرب ومعمرها عامر بن الضرب . بفتح الضاد المعجمة، وكسر الراء . بن عمرو بن عباد بن يشكر العدواني، وكانت العرب تقصده لمعضلها فاختصم اليه في رجل خنثى له ما للرجال وله ما للنساء.

فقالوا: أتجعله رجلاً أو امرأة؟ ولم يأتوه بأمر أعضل منه.

(256/2)

فقال: حتى أنظر في أمركم، فوالله ما نزل بي مثل هذه منكم يا معشر العرب، فاستأخروا عنه فبات ليلته ساهراً يقلب أمره، وينظر في شأنه لا يتوجه منه وجه، وكانت له جارية يقال لها سخيلة ترعى غنمه، فلما رأت سهره وقلقه وقلة قراره على فراشه قالت: مالك لا أبا لك؟ قال: ويلك دعيني أمر ليس من شأنك، ثم عادت له بمثل قولها.

فقال في نفسه: عسى أن تأتي بما أنا فيه بفرج، فقال: ويحك اختصم لي في ميراث خنثى أأجعله ذكراً أو إمرأة؟ فوالله ما أدري ما أصنع وما يتوجه لي فيه وجه.

فقالت: سبحان الله، لا أبالك اتبع القضاء المبال، اقعده اقعده، فإن بال من حيث يبول الرجل فهو رجل وإن بال من حيث تبول المرأة فهي إمرأة.

فقال: فرجتيها وليد يا سخيلة، ثم خرج على الناس حين أصبح فقال: بالذي أشارت عليه به.
ولفظ (الروض) الآنف: وحكمه في الخنثى وما أفتته به جاريته سخيلة هو حكم معمول به في الشرع، وهو من باب الإستدلال بالأمارات والعلامات، وله أصل في الشريعة قال تعالى:
{وَجَاءُوا عَلَى قَمِيصِهِ بِدَمٍ كَذِبٍ }[يوسف: 18] وخبر الإستدلال على الكذب في الدم أن القميص المدعي لم يكن فيه خرق ولا أثر أنياب الذئب، وقوله تعالى:{إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ قُبُلٍ ..}[يوسف:26] الآية ..
إلى أن قال: والحكم في الخنثى أنه يعتبر بالمبال، فإن أشكل أمره من كل وجه حكم بأن يكون له في الميراث سهم امرأة ونصف، وفي الدية كذلك، وأكثر أحكامه مبنية على الإجتهاد . انتهى.

(257/2)

غريبة ذكرها ابن الأثير قال: إنه كان له جار له بنت اسمها صفية، فبقيت كذلك نحو اثني عشر سنة، ثم طال لها ذكر ونبتت لها لحية، فكان لها فرج رجل وفرج إمرأة، ذكره في (حياة الحيوان). انتهى.
هذا وللخنثى باعتبار الميراث أمران:
الأول: بإعتبار ميراثه من غيره.
والثاني: بإعتبار ميراث غيره منه.
أما الأول فقد أشار الإمام عليه السلام إلى بيان حكمه في ذلك بقوله:

(258/2)

[ميراث الخنثى المشكل]

حدثني زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي عليه السلام قال: ((أتى معاوية وهو بالشام بمولود له فرج كفرج الرجل وفرج كفرج المرأة فلم يدر ما يقضي فيه، فبعث قوماً يسألون فيه علياً عليه السلام؟
فقال لهم علي عليه السلام: ما هذا بالعراق فأصدقوني، فأخبروه الخبر.
فقال: لعن الله قوماً يرضون بحكمنا ويستحلون قتالنا، قال عليه السلام: انظروا إلى مباله فإن كان يبول من حيث يبول الرجل فهو رجل، وإن كان يبول من حيث تبول المرأة فهو امرأة.

فقالوا: يا أمير المؤمنين إنه يبول من الموضعين جميعاً، قال: فله نصف نصيب الذكر ونصف نصيب الانثى)).

هكذا في نسخة المؤلف بخطه، بلفظ: ((الرجل والمرأة)) كما هو لفظ أكثر الشواهد، وفي نسخة من (المجموع) قديمة مشهورة بالصحة بلفظ: ((الذكر والأنثى)).

قال في (التخريج): السيوطي في مسنده عليه السلام من (جمع الجوامع) ما لفظه" عن الشعبي عن علي عليه السلام قال: الحمد لله أن عدونا يسألنا عما نزل به من أمر دينه، إن معاوية كتب إلي يسألني عن الخنثى؟ فكتبت إليه: أن ورثه من قبل مباله. انتهى.

وعزاه إلى البيهقي، ولم أجده بهذه السياق في (السنن الكبرى) في (الفرائض) فلعله في كتاب آخر للبيهقي ما أخرجه بإسناده إلى الحسن بن كثير سمع أباه شهدت علياً في خنثى قال: انظروا سبيل البول فورثه منه.

وأخرج بإسناده عن عبد الله بن جسر، قال: سمعت ابن معقل وأشياخهم يذكرون أن علياً ـ رضي الله عنه ـ سئل عن المولود لا يدري أرجل أم إمرأة فقال علي رضي الله عنه: يورث من حيث يبول ـ انتهى .

وأخرج بإسناده عن رجل من بكر بن وائل، قال: شهدت علياً ـ رضي الله عنه ـ يسئل عن الخنثى؟ فسأل [القوم] فلم يدروا، فقال علي ـ رضي الله عنه: إن بال من مجرى الذكر فهو غلام، وإن بال من مجرى الفرج فهو جارية ـ انتهى .

وفي (مسند الدارمي) في الباب، ما لفظه: أخبرنا عبيد الله بن موسى، عن إسرائيل، عن عبد الأعلى: أنه سمع محمد بن علي [يحدث عن علي]: في الرجل يكون له ما للرجل وما للمرأة من أيهما يورث؟ قال: من أيهما بال .

حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، ثنا هشام، عن مغيرة، عن سماك، عن الشعبي، عن علي: في الخنثى قال: ((يؤرث من قبل مباله)) ـ انتهى.

ولم يكف في إسناد الدارمي مجهول كما في إسناد البيهقي، والإسناد الأول فيه عبد الأعلى بن عامر وفيه مقال، والآخر رجاله ثقات من رجال الصحيح ـ أيضاً ـ على شرط مسلم، والله أعلم.

فهذا عن علي عليه السلام ثابت ولم أجد شيئاً في هذا الباب عن غيره من الصحابة رضي الله عنهما فما وجدت من الكتابين المنقول منهما غير هذا ـ انتهى.

قلت: وذكر في (تخريج الفرائض) حديث: أنه صلى الله عليه وآله وسلم سئل عن ميراث

المشكل كيف يؤرث؟ قال: ((من حيث يبول)) رواه في (البحر).
قال العلامة ابن بهران في تخريجه لأحاديث البحر: رواه في (أصول الأحكام) ولم يزد على هذا.

(260/2)

قال: ولم أجده في (التلخيص) ولا في شيء من كتب التخريج، وفيه: حديث أن علياً كرم الله وجهه سئل عن مولود مشكل قال: انظروا إلى مباله، فإن بال من حيث يبول الرجل فهو رجل وإن بال من حيث تبول النساء فهو امرأة فقيل: أنه يبول من الموضعين فقال: له نصف نصيب الذكر، ونصف نصيب الأنثى. هكذا رواه في (مجموع الفقه) للإمام زيد بن علي. انتهى.
قلت: لعل ابن بهران لم يجده في (التلخيص) في كتاب الفرائض وهو كما قال، ولكنه موجود في (التلخيص) في (باب الأحداث في الطهارة) ولفظه:
حديث ابن عباس في الذي له ما للرجال وما للنساء يؤرث من حيث يبول.
ابن عدي والبيهقي من طريق الكلبي، عن أبي صالح، عن ابن عباس، عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم: أنه سئل عن مولود، له قبل وذكر، من أين يؤرث؟ قال [النبي صلى الله عليه وآله وسلم]: ((من حيث يبول)) أورده البيهقي في المعرفة في الفرائض، والكلبي هو محمد بن السائب متروك الحديث، بل كذاب.
وأخرجه ابن الجوزي في (الموضوعات) ويغني عن هذا الحديث الإحتجاج في هذه المسألة بالإجماع، فقد نقله ابن المنذر وغيره.
وقد روي ابن أبي شيبة وعبد الرزاق هذا عن علي: أنه ورث خنثى من حيث يبول، إسناده صحيح . انتهى .
وما أورده البيهقي في المعرفة هو بإسناد ضعيف بالإتفاق . انتهى.
قلت: ذكره عبد الرزاق في مصنفه في (الفرائض) من مراسيل الشعبي بلفظ: أخبرنا سفيان الثوري عن مغيرة، عن الشعبي، عن علي أنه ورث خنثى من حيث تبول . انتهى.

(261/2)

وقد ذكرنا غير مرة قبول مراسيل الشعبي عند الجمهور، وذكره ابن أبي شيبة في مصنفه، بلفظ: حدثنا الحسن بن كثير الأحمسي، عن أبيه، عن معاوية أنه أتى في خنثى فأرسلهم إلى علي

فقال: يورث من حيث يبول .

وأخرج عبد الرزاق عن سعيد بن المسيب نحوه، وزاد فإن كانا في البول سواء فمن حيث سبق . انتهى.

قال ابن أبي حاتم في (العلل) حديث ابن عدي من منكرات الكلبي، وذكره عبد الحق في (أحكامه) في الفرائض من جهة ابن عدي وقال:إسناده من أضعف إسناد يكون . انتهى.

وما تقدم عند (البيهقي) و(المجموع) و(الدارمي) كلها من طريق علي بأسانيد صحاح هذا ومدار أدلة الباب عن أمير المؤمنين عليه السلام وثابتة عنه بإجماع السلف والخلف والعمل بها.

ولم أجد في هذا الباب عن غيره من الصحابة إلا في (التلخيص) عن ابن عباس مرفوعاً عند ابن عدي والبيهقي من طريق الكلبي، وقد عرفت مقالتهما فيه وما ذكره ابن أبي حاتم وأطال في (طبقات الزيدية) الكلام بذكر من تكلم في الكلبي من أئمة الحديث، وفيها قال ابن عدي قد حدث عن الكلبي سفيان وجماعة ورضوه في التفسير، وأما في الحديث فاعتده مناكير، وخاصة إذا روي عن أبي صالح عن ابن عباس، وكل ذلك وإن كان من الجرح المطلق فقد بين في الطبقات السبب بلفظ:

قال ابن معين، قال يحيى بن يعلى عن أبيه، كنت أختلف إلى الكلبي أقرأ عليه، فسمعته يقول: مرضت مرضة، فنسيت ما كنت أحفظ، فأتيت آل محمد، فتفلوا في فيّ، فحفظت ما كنت نسيته، فتركته، وذكر غير ذلك. انتهى، ولم أجد له متابعاً، فلم يثبت خبره.

(262/2)

وأخرج البيهقي من طريق قتادة قال: سجن جابر بن زيد زمن الحجاج فارسلوا إليه عن الخنثى كيف تورث؟ فقال: تسجنونني وتستفتونني! ثم قال: انظروا من حيث يبول فورثوه .

قال قتادة: فذكرت ذلك لسعيد بن المسيب قال: فإن بال منهما جميعاً قلت: لا أدري فقال سعيد: يورث من حيث يبول [يسبق] .

وأخرج ـ أيضاً ـ من طريق سلمة بن كلب، قال: سئل جابر بن زيد عن الخنثى كيف يؤرث؟ فقال: يقوم فيدنو من حائط ثم يبول فإن أصابه الحائط فهو غلام، وإن سال بين فخذيه فهو جارية .

وقد روي فيه حديث مسند بإسناد ضعيف، وأخرج ـ أيضاً ـ من طريق ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم سئل عن مولود ولد، له قبل وذكر، من أين يؤرث؟ فقال النبي صلى

الله عليه وآله وسلم: ((يؤرث من حيث يبول)) .
وفي إسناده محمد بن السائب، قال البيهقي: ((لا يحتج به)).
وأخرج الدارقطني: من طريق عمر بن بشر، قال: سئل عامر عن مولود ليس بذكر ولا أنثى ليس له ما للذكر وليس له ما للأنثى، يخرج من سرته كهيئة البول والغائط، فسئل عامر عن ميراثه؟ فقال عامر: نصف نصيب الذكر، ونصف نصيب الأنثى .
وأخرجه الدارمي من طريق أبي نعيم، حدثنا أبو هانئ، قال: سئل عامر .. إلى آخره .
وأخرج الدارمي - أيضاً - في (باب الخنثى) قال: أخبرنا عبد الله بن موسى، عن إسرائيل، عن عبد الأعلى أنه سمع محمد بن علي يحدث عن علي: في الرجل يكون له ما للرجل وما للمرأة من أيهما يورث؟ فقال: من أيهما بال .
وأخرج من طريق الشعبي عن علي في الخنثى؟ قال: يورث من قبل مباله انتهى.

(263/2)

والحديث يدل على: إنه يعتبر حكم ميراث الخنثى مطلقاً من غيره ومن حيث يبول فإن خرج بوله من آلة الذكر فهو ذكر له ميراث الذكر، وإن خرج بوله من آلة الأنثى فهو أنثى له ميراث الأنثى.
وهذا هو الخنثى المميز، فإن خرج منهما معاً فهو خنثى لبسة له نصف نصيب الذكر ونصف نصيب الأنثى أو كان له ثقب وليس له ذكر ولا فرج أو أثقاب تحت السرة فكذلك ولا خلاف بين السلف والخلف فيما ذكرنا.
واختلفوا في الوقت الذي يعتبر توريثه بالمبال فذهبت طائفة إلى أن المعتبر في توريثه بالمبال عند موت المورث، لأنها الحالة المعتبرة للتوريث من دون نظر إلى السبق بعد الولادة، كما ذكره صاحب (المفتاح) في مؤلفاته وغيره في مؤلفاتهم، إذ لو كان ذلك معتبر لقال أمير المؤمنين عليه السلام: انظروا إلى مباله بعد ولادته ولا سألهم عن ذلك وهو ظاهر أكثر الأدلة المذكورة.
وذهبت طائفة إلى أن المعتبر في توريثه بالمبال عند القسمة، لأنها الحالة المعتبرة، لاستقرار الملك للوارث، ولو كان قد تقدم منه بول مع جهل السابق من أيهما ما لم تقم الشهادة على سبق أيهما، وهو ظاهر ما روي عن علي عليه السلام.

(264/2)

وذهب الجمهور وهو ظاهر ما في الخبر من التعبير بلفظ كان إن المعتبر في توريثه بالمبال بالسبق بعد الولادة، لأنها الحالة المعتبرة في تمييز الذكر من الأنثى قال السيد أبو طالب بلفظ: وإنما يعتبر بالسبق لأنه إذا سبق من أحدهما ثم زاد خرج من الثاني فكان الذي سبق أولاً هو المجرى الأصلي، والثاني إنما خرج لعلة إلا أنه يرد عليه أن يقال إذ ليس من البعيد أن يقع السبق لعلة فلما زالت عاد البول إلى مجراه الأصلي.

وقول بعض العلماء في اللبسة بعد قوله: ((فإن خرج منهما معاً وينقطع منهما معاً دفعة واحدة)) ويميل إلى الرجال والنساء ميلاً واحداً، فإن اختل منها شيء فخنثى متميز، مردود بمنطوق حديث الأصل وشواهده الناطقة باعتبار الخروج فقط لا الإنقطاع ولا الميل.

وقد اعتبر جماعة من العلماء في اللبسة قرائن يتميز بها الذكر من الأنثى ويتضح بها حاله غير ما تقدم ذكره، والجمهور على عدم اعتبارها، إلا الحمل فبالإجماع، لأن الذكر لا يحبل، فاعتبر الشافعي الحيض من المميزات للأنثى لأن الذكر لا يحيض، واعتبر - أيضاً- نبات اللحية من المميزات للذكر، لأن الأنثى لا تنبت لها لحية، وكذا اعتبر - أيضاً - الأضلاع، قال إن استوت من الجانبين فأنثى، وإن نقصت من الجانب الأيسر فرجل.

واحتج بما روي عن علي عليه السلام بأنه اعتبر الأضلاع، فقال: أضلاع الرجل في الجانب الأيسر أقل، وأضلاع المرأة تكون في الجانبين سواء، ذكره في (أصول الأحكام) و(البحر) و(المنهاج الجلي).

(265/2)

وفي (الجامع الكافي) نحواً ذلك ولم أجده في كتب السنة، وذكر في (البحر) عن بعضهم أنه اعتبر الكثرة أي كثرة البول، ونسبه إلى أبي حنيفة وصاحبيه، ورده في (البحر) بقوله صلى الله عليه وآله وسلم، وقد سأل كيف يورث فقال: ((من حيث يبول)) فاعتبر الخروج لا الكثرة، ولا حكم للشارب، ولا للشهوة، ولا لنزول المنى، ولا لنهود الثدي، لعدم اعتبار أي شيء من ذلك في الأدلة المذكورة سوى البول المنطوق في الأدلة وكذا الحبل، للإجماع.

فإن قيل: لو سبق البول من الذكر ثم حملت.

فقد أجيب: أن العبرة بالحبل، لأن الذكر لا يحبل إجماعاً، وإنما كان سبقه من الذكر لعلة، وقيل لا يبطل ما قد حكم به أولاً فإن اعترف من ذات نفسه بذلك أو رجع عن ذلك، فقيل: القول قوله فيما له وعليه.

قال في (المهمات) هذا فيما عليه لا فيما له فيقبل رجوعه عنه قطعاً، قال النووي في

(مجموعه) ولا ينقض الحكم الأول بظهور علامة تخالف ما أخبر به لا أن حبل فينقض الحكم السابق لأنا تقينا خلاف ما ظنناه، وهو ظاهر كلام الأصحاب قاله في (الروضة) وفي
(المجموع) للنووي وتعقبه في المهمات بأنهما لم يظفرا بما نقل، فقد جزم الماردي والروياني بالعمل بالعلامة.

(266/2)

وفي (الرافعي) في (خيار النكاح) ما يقتضيه، قال القاضي زكريا: وهو الصواب الجاري على القواعد، حتى لو أنه أخبر بميله إلى النساء فتزوج به رجل فأصدقه جارية فأتى اللبسة بولد وقد تزوج جاريته أو تزوج بحرة فولدت للخنثى حكمنا بأنه مرأة، وإذا مات فميراثه الولد البطن، لكونه متيقنا بعد الربع للزوج إن كان حياً دون ولد الظهر فمظنون، فلا يرث، ولا يثبت نسبه، ولا تصير الجارية أم، ولا تعتق بموت اللبسة.
ذكره في تعليق العقد وغيره، وقد أجاب بمثل ذلك الشيخ جار الله القرشي الحسني الحنفي من علماء مكة المشرفة، ويأتى على أصلنا حيث تزوج بحرة وفي ذلك قال الشاعر:
سألتك عن خنثى تزوج حرة
وقد ولدت منه غلاماً مكرماً

وقد حمل الخنثى وأولد نفسه
غلاماً زكياً فاستوى النص فيهما

إذا ماتت الخنثى فما حكم ماله
لم يكن المير اث يا صاح فيهما

وزوجته هل تعطها ثمن ماله
فسبحان ربي خالق الأرض والسماء

وأجاب بعض العلماء بقوله أقول:
خذوا عني جواب سؤالكم

لقد نكح الخنثى نكاحاً محرماً

وميراثه في شرعنا لابن بطنه

كما تأت أنثى قد تجلى من العما

ولا إرث للإبن المقدم ذكره

ولا أمه تعطي من الإرث درهماً

وميلاده عن شبهة أو من الزنا

حكمنا به فاسمع جواباً منظماً

وثمرة الخلاف لو أعطي نصيب الذكر من قبل بلوغه بالحبل فعند الأولين يرد نصف نصيب الذكر لا عند الآخرين فلا.

(267/2)

واختار الجمهور الأول، ورجح للمذهب، والظاهر أن ثبوت الإجماع على أن الحبل مميز للأنثى من الذكر مخصص لعموم الخبر في إعتبار حكم ميراثه بالمبال لو سبق بوله من الذكر أو خرج منهما معاً دفعة واحدة كما علم في الأصول.

ولا خلاف بين علماء الأمصار في ميراث الخنثى المتميز من غيره ومع غيره، وأما اللبسة فقد اختلف العلماء في ميراثه من غيره ومع غيره على أكثر من عشرة مذاهب، أرجحها ما قاله الجمهور ورجح للمذهب:

أن للخنثى اللبسة باعتبار حاليه منضماً إلى سائر الورثة ومنفرداً أربعة مواضع:

الأول: يرث في حالتي تقديره ذكراً أو أنثى فله نصف نصيب الذكر ونصف نصيب الأنثى وذلك لمنطوق حديث الأصل، وذلك إذا كان من الأولاد وأولاد البنين وإن سفلوا والأخوة لأبوين أو لأب مع عدم المسقط لهم، نحو:

أن يموت أحد الأبوين عن ثلاثة أولاد أحدهم خنثى لبسة أو عن أخوين لأبوين أو لأب أحدهما خنثى لبسة، لأنك إن قدرته ذكراً أو أنثى فهو وارث، وعلى هذا يحمل الخبر، فإن كان منفرداً فالباقي بالرد في حالة تقديره أنثى.

الثاني: يرث في حالة الذكر دون الأنثى فله نصف نصيب الذكر، ويسقط من نصيب الأنثى، نحو: أن يكون اللبسة من الأعمام وبنيهم أو بني الإخوة وبنيهم وإن بعدوا، لأنك إن قدرته ذكراً فهو وارث، لأنه عصبة وإن قدرته أنثى فهي رحامية ساقطة.

وهذا حيث معه غيره من العصبات، حيث لا مسقط له ولا لهم من التعصيب، نحو ثلاثة أعمام لأبوين أو لأب أحدهما خنثى لبسة أو من ذوي السهام، نحو بنت فأكثر، وابني عم لأبوين أو لأب، أو بني أخوين أحدهما خنثى لبسة.

(268/2)

أما إذا كان الذي معه من ذوي الأرحام، أو كان اللبسة منفرداً فهو وارث في الحالتين جميعاً.

الثالث: يرث في حالة الأنثى دون الذكر فله نصف نصيب الأنثى، ويسقط من نصيب الذكر، وذلك في مسائل العول، كما إذا كان اللبسة من الإخوة لأب وكان معه زوج وأخت لأبوين، فللزوج النصف، وللأخت لأبوين النصف، واللبسة إن كان ذكراً سقط؛ لأنه عصبة.

وقد استغرقت الفرضان المسألة ولا تعول بعصبة، وإن كان أنثى ففرضها السدس تكملة الثلثين، وتعول المسألة إلى سبعة مضروبة في حالتي اللبسة تصح من أربعة عشر مضروبة في مخرج كسر قسمة.

مجموع سهام الزوج أو الأخت على حالين وهو اثنان تصح من ثمانية وعشرين: للزوج ثلاثة عشر، وللأخت للأبوين كذلك، وللبسة سهمان، ولا يخفى أنه في هذا الموضع قد لايرث شيئاً بتقدير أنوثته، نحو أن يكون مع اللبسة في هذا المثال أخ لأب غير مشكل أو كان مع الزوج ابنتان أو ابنتا ابن وأم، فإن المشكل لا يرث في حالتي تقديره ذكراً أو أنثى، إذ هو مع الذكور عصبة، ومع الأنوثة عصبة بالغير وهو الأخ لأب، أو مع الغير وهي البنتان أو بنتا الإبن.. فتأمل!!

الرابع: يستوي فيه حالة الذكر والأنثى فلا يحتاج إلى تقدير كونه ذكراً أو أنثى، نحو أن يكون اللبسة من الأخوة لأم أو من ذوي الأرحام.

فالأول: نحو أن يخلف أماً وأختين لأبوين أو لأب وأخ لأم خنثى لبسة، فالمسألة من ستة للأم السدس وللأختين لأبوين أو لأب الثلثان أربعة، وللبسة السدس، سواء قدرناه ذكراً أو أنثى.

(269/2)

والثاني: إذا كان من أولاد البنت أو من أولاد الأخت لأبوين أو لأب أو لأم أومن الأخوال أو الخالات، ومن هذا الموضع إذا كان أخ لأبوين أولأب مع البنت أو بنت الابن؛ لاستواء الذكر والأنثى في هذا الموضع، وقد تجتمع كل المواضع المذكورة إلا الثالث، نحو:

أن يترك ابنتين أحدهما لبسة وبنتى ابن أحدهما خنثى لبسة وأخ لأبوين لبسة، تصح مسألتهم من اثنين وسبعين؛ لأن معك في هذا المثال من يرث نصف نصيب الذكر ونصف نصيب الأنثى، وهو: الإبن، ومن يرث نصف نصيب الذكر ويسقط من نصيب الأنثى، وهو: ابن الإبن، ومن تستوي حالتيه وهو: الأخ لأبوين.

هذا حكم ميراث اللبسة من غيره ومع غيره.

وأما ميراث غيره معه، فإن كان غيره يسقط معه على كلا التقديرين لم يعط معه شيئاً كما لو كان اللبسة من الأولاد أو أولاد البنين ومن معه من الأخوة لأم، وإن كان يسقطه على أحد التقديرين فيعطي نصف نصيبه مع تقدير المشكل أنثى كما إذا كان المشكل من الأولاد والذي معه من أولاد البنين أو من الأخوة لأبوين أو لأب والذي معه من أبنائهم.

(270/2)

وكذا إذا كان من الأعمام لأبوين أو لأب، والذي معه من أبنائهم وإن كان من معه يشاركه على كلا التقديرين فيعطي نصف نصيبه مشاركاً كعم لأبوين، أو لأب مشكل مع عمته أو ابن أخ مع بنت أخ فتعطي العمة أو إبنة الأخ نصف نصيبها مشاركة للبسة عند تقدير اللبسة أنثى، وإن كان يشاركه على التقديرين معاً، ولكن نصيبه يختلف بهما، فإنه يجمع ما يرثه عليهما ويقسم على حالين، فيكون له نصف المجموع كما لو كان من الأولاد أو الأخوة لأبوين أو لأب مع أخ له واضح ذلك مع التحويل في ميراث الجميع، وسيأتي بيانه.

وإن كان يحجب من معه نقصاناً فلا تحويل، إذ لا يختلف حال الحاجب بذكورته وأنوثته، كما لو كانت اللبسة من الأولاد مع أحد الزوجين أو كان مع الأم أخوين أحدهما لبسة، فإنها تعطى فريضتها محجوبة على كلا التقديرين، وما ذكرناه هو المختار، وبه قال مالك، وأحمد، والهادوية، وأئمة أهل البيت، ورجح للمذهب.

واحتجوا بحديث الأصل وشواهده.

هذا واعلم أن ميراث اللبسة ومن معه من الورثه بالتحويل عند الفرضيين إلا في الموضع الرابع،

وكذا في مسالة أحد الزوجين في الحجب نقصاناً فلا كما بينا.
وكيفية العمل بالتحويل أن يجعل اللبسة ومن معه من الورثة حالتين . أي مسألتين . على كون اللبسة ذكراً أو على كونه أنثى، وللبستين أربع حالات، وللثلاث اللبس ثمان حالات، وكلما زادت اللبس زدات الأحوال ضعف ما كان معك من الأحوال، والمراد بالأحوال: (المسائل).

(271/2)

وتصحح كل مسألة على انفرادها، ثم تنظر في المسائل بعلل الرؤوس، هل هن متماثلات؟ أو متداخلات؟ أو متوافقات؟ فتجتزى بإحدى المتماثلات، وبالكبرى من المتداخلات، وتضرب وفق أحد المتوافقات في كامل الأخرى، وتضرب أحد المتباينات في كامل الأخرى، فما بلغ فهو المال أو كان بعضها متماثلاً وبعضها متداخلاً وبعضها متوافقاً وبعضها متباينا عملت في كل بحسبه، ثم تضرب الحاصل في عدد الأحوال، فما بلغ فهو المال قسمته على الورثة بعدد الأحوال، وتعطي كل وارث ما يستحقه باعتبار تلك الحال في كل مسألة، ثم اجمع لكل وارث من جميع الأحوال التي يرث فيها، ثم أقسمه على عدد الأحوال، فما أتى خارج القسمة فهو ما يستحقه وراثة.
وقال أبو حنيفة وأصحابه: إن الخنثى يرث فيه بأخسّ حاليه . بالخاء والسين المهملة المشدده . وهو أقل النصيبين بيقين.
ويحتاج في الزائد إلى موجب، وإذا كان معه أخ خالص فلا يحتاج إلى موجب فيؤخذ بقية ما أخذه الخنثى مع ما هو متيقن.
وقال الشافعي: إذا كان المشكل بأحد التقديرين مع ذكورته وأنوثته لا يرث، وبالتقدير الآخر يرث كولد عم مشكل أو كان يرث بأحد التقديرين أقل مما يرثه الآخر عومل بالتقدير الأسوأ في حقه من عدم الأرث في المسألة الأولى وارث الأقل في الثانية، عملاً بأقل التقديرين.
ويوقف الباقي حتى يتبين أمره أو يصطلحوا، وهكذا حكم من معه من الورثة إذا كان يختلف إرثهم بتقدير ذكورة المشكل وأنوثته، فإنهم يعاملون بالآخر من حالي المشكل، ويوقف الباقي من ميراثهم كذلك.

(272/2)

وعند الحنابلة في رواية إن لم يرج اتضاحه فكالمذهب، وإن رج اتضاحه فكالشافعي، وهو قول مالك.

ومن العلماء من جعل له نصيب الذكر دائماً، ومنهم من جعل له نصيب الأنثى دائماً، وما عدا هذه الأقوال في هذا الباب يراجعه إلى ما ذكرنا.

وإذا نظرت إلى أدلة هذا الباب وجدتها ناطقة بمنطوق كلام الجمهور، وهو أشبه شيء بالقول بالعدل، وأبو حنيفة نظر إلى أن الأصل عدم الزائد على المتيقن، والشافعي إلى أن لنا وسطاً بين عدم ظهور إستحقاق الخنثى وبين استحقاق الأخ مثلا وهو بقاء الزائد موقوفاً، ولها نظائر كما في الغرقى والهدمى.

قال المحقق المقبلي في ذيل (العلم الشامخ): ولا أدري أي مانع من اجتماع الوصفين والذكر وجعل منه الأنثى لا يمنعه، وإذا فرض الإجتماع فهو يعطي نصيبهما لتحقق الموجب والوصف الآخر لا يعارضه، بل يدخل حكمه تحته أم يعطي نصف كل كما قد قيل، وسيما وقد يمكن الإجماع على منع الأول . انتهى.

إذا عرفت ما ذكرنا، فالمشهور عن أمير المؤمنين علي بن أبي طالب عليه السلام هو ما دل عليه حديث الأصل وشواهده، وهو قول الهادوية والمذهب، وقول جمهور السلف والخلف.

والوجه في ذلك: استواء تجويز كونه ذكراً أو أنثى من دون ترجيح أحدهما، لعدم الجزم في أحد التجويزين، ولا يمكن الخروج عن عهدة أدلة توريثه إلا بتجويز كونه ذكراً، أو كونه أنثى.

(273/2)

وذكر الإمام المهدي في (البحر) عن أبي حنيفة، بل أقل النصيبيين، نحو: أن يكون للميت ابن وخنثى، فله نصيب الخنثى إذ هو المتيقن والباقي للإبن، والشافعي كذلك، إلا أنه قال: يوقف حتى يتبين لنا قول علي له نصف نصيب الذكر ونصف نصيب الأنثى.

ووجهه: إن من ترك ابنا وخنثى فللإبن النصف لا محالة، وللخنثى الثلث لا محالة، إذ أقل أحوالها أنثى، والسدس لهما على سواء، فيقسم بينهما كمن تداعيا داراً في أيديهما . انتهى.

قال في (المنار) وقد وجه المصنف مذهبه، بأنه كتداعي الخصمين داراً بأيديهما.

وهذا التشبيه ممنوع، فإن السدس المشكوك فيه لابد شرعية عليه، لأن معنى اليد المعتبرة الظهور ولا ظهور هنا، وإلا لما كان مشكوكاً فيه لو كان ظاهراً في كونه لهما معاً، بل القول بالظهور واليد خروج عن صورة المسألة، فاليد الحسية المجردة لا تغني شيئاً كما لو كان في يد الإنسان شيء يعلم أنه ليس له أو يقر هو بذلك فليتأمل.

وأما وجه قول الشافعي: أنه مشكوك فيه فيوقف حتى يعلم ويرد عليه أن فرض المسألة بعد اليأس من معرفة الحقيقة، فيكون حاصل مذهبه إضاعة المال والتجويز البعيد لا يكلف به، وكان وجه قول أبي حنيفة أن الخنثى والأخ الذكر قد شكا في هذا السدس، لكن لسان حال الأنثى تدعيه، فإذا عجز كان لأخيه قهراً عليهما؛ لأنه متأهل لحوز التركة فهو بمثابة المقتضي التام لولا المانع، فإذا لم يتحقق المانع صار له ولا عكس؛ لأن الخنثى لم يتحقق أهليته للزائد على الثلث.

فالذكر لصاحب اليد يكفيه عجز خصمه والخنثى كالخارج لا يظفر إلا بالبرهان. انتهى.

واعلم أن للخنثى المشكل أحكام:

(274/2)

منها: أنه لا يجوز له الإطلاع على الرجال والنساء والخناثا، إلا على جاريته أو أمهاته.

ومنها: أنه لا يتجوز برجل ولا امرأة، وأنه لا يجب عليه أذان أو إقامة، وأن عورته في الصلاة كعورة الرجل وفي وجوب الستر، فأما البطلان فلا تبطل إلا بما تبطل به صلاة الرجل.

ولا يؤم الرجال النساء والخناثي، وإن صفو فهن بين الرجال والنساء، ويحرم عليه من اللباس ما يحرم على الرجل والنساء، ولا يسافر بريداً فصاعداً إلا مع محرم، وإحرامه في وجهه ورأسه، ولا يلزمه الفدية، إلا بتغطيتهما جميعاً، أو بعضهما.

وأن الإيلاج في فرجها لا ينتقض الوضوء، ولا يفسد الصوم، والإعتكاف، والحج، ولا يوجب الحد، وأنه في الميراث على صفة ما ذكرنا، وأنه في الأرش، والدية، والشهادة، والحكم، والإمامة، والقسامة، والعقد، والجهاد، والعقل، وفي جناية الخطأ، والقتل، والوصاية، كالمرأة على الصحيح للمذهب.

وتفاصيل هذه الأحكام مبسوطة في محل من الفروع نادرة، لو أقام رجل بينته على ميت ملفوف في كفن أنه امرأته وهؤلاء أولاده منها، وقد أقامت المرأة قبل موتها بينة على أنه زوجها، وهؤلاء أولادها منه فكشف عنه فإذا هو خنثى له آلتان، فعن النص للشافعي: أن المال ينقسم بينهما، قال أصحابه: لأن ولادتها صحت بطريق المشاهدة، والإلحاق بالأب أمر حكمي، فالمشاهدة أقوى، وأرجحه الجمهور. والله أعلم.

(275/2)

باب العتاقة والمكاتب

سيأتي الكلام على المكاتب ـ إن شاء الله ـ والعتاقة ـ بالفتح ـ زوال الملك وثبوت الحرية، وكذا العتاق تقول منه عتق العبد يعتق ـ بالكسر ـ عتقاً وعتاقاً وعتاقة، كذا في (المختار).

قال الأزهري: هو مشتق من قولهم: عتق الفرس: إذا سبق، وعتق الفرخ: إذا طار، لأن الرقيق يخلص بالعتق، ويذهب حيث شاء.

والعتق بكسر العين، وسكون الفوقية له معنيان: لغة، واصطلاحاً.

أما في اللغة: فهو مشترك بين معان كثيرة بمعنى (الكرم) يقال: ما أبين العتق في وجه فلان ـ أي السخاء ـ وبمعنى (القدم) قال تعالى: {بِالْبَيْتِ الْعَتِيقِ}[الحج:29] لأنه أول بيت وضع للناس، وبمعنى (الجمال) يقال: فلان عاتق وعتيق، أي شاب جميل، ومنه قيل لأبي بكر الصديق: عتيق الجمال ـ أي حسن الوجه ـ وقيل: لأن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال له: ((أنت عتيق من النار)).

وبمعنى (صلاح المال) يقال: أعتقت مالي ـ أي أصلحته ـ وبمعنى ارتفاع الملك والتحرير، يقال: أعتقت العبد أعتقه عتقاً وعتاقة فهو معتق، وأنا معتق وعتق هو فهو عتيقه، أي حررته فصار حراً.

ذكره في (النهاية) وغيرها.

وفي الشرع: قال في (الإنتصار): هو إسقاط الحق ـ أعني الملك ـ عن عين العبد بالحرية، وفي (النجم الوهاج): العتق إسقاط الملك من الآدمي تقرباً إلى الله، وهو مندوب، وواجب في الكفارات.

والأصل فيه من الكتاب قوله تعالى: {فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ}[النساء:92] في غير آية من آي القرآن الكريم، وفي بعض الآي: {فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ}[المجادلة:3].

(276/2)

وقد حث الشارع، بقوله تعالى: {فَكُّ رَقَبَةٍ}[البلد:13] فسرت بعتقها من الرق، ومن السنة أخبار كثيرة سيأتي ذكر البعض منها في هذا الباب بما يليق بهذا المختصر، لأن أدلة الباب واسعة، ووردت الأدلة ـ أيضاً ـ بفضله على غيره، والترغيب فيه، والحث عليه، والإعانة على فكاك الرقبة من الرق.

منها قوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((من أعتق نسمة أعتق الله عنه بكل عضو منها عضواً من النار)).

أخرجه أحمد، والطبراني، وقال: لا يروى عن أبي موسى إلا بهذا الإسناد ورجال أحمد ثقات، وفي بعض الروايات بزيادة حتى فرجه بفرجه.

وفي رواية شعبة عن أبي بردة بن أبي موسى عن أبيه، عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال: ((من أعتق رقبة أعتق الله عنه بكل عضو منها عضواً من النار)).

وذكره في (التلخيص) وقال: متفق عليه من حديث أبي هريرة، وفيه تقييد الرقبة بكونها مسلمة. وأخرجه الحاكم من حديث عقبة بن عامر، وواثلة، وأحمد، من حديث مالك بن الحارث، ومرة بن كعب وعمرو بن عنبسة، وأخرج الطبراني في (الأوسط) من طريق أبي موسى قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ذكر الصدقة فقال: ((من الصدقة عتق رقبة وفكها . فقال رجل: أليستا واحدة؟ قال: ((لا. عتقها: أن يعتقها. وفكها: أن تُعين عليها)) . وسيأتي وفي إسناده عبد الملك بن موسى، قال الأزدي: منكر الحديث.

(277/2)

وذكره في (مجمع الزوائد) وفيه: عن البراء بن عازب مثله، قال: رواه أحمد ورجاله ثقات، وفيه عن سهل بن حنيف، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: ((من أعان مجاهداً في سبيل الله أو مكاتباً أظله الله يوم لا ظل إلا ظله)) رواه أحمد وفيه عبيدة بن سهل بن حنيف ولم أعرفه، وبقية رجاله حديثهم حسن.

وذكر ابن الأثير في (نهايته) في (مادة عتق) وفيه: لن يجز ولد والده، إلا أن يجده مملوكاً فيشتريه فيعتقه.

أخرج مسلم من طريق أبي هريرة وذكره في (التلخيص) وإنما كان هذا أجزاء له، لأن العتق أفضل ما ينعم به.

ومن ذلك حديث ((من أعتق رقبة مؤمنة كانت فداه من النار)) أخرجه أحمد من حديث عقبة بن عامر الجهني، وأبو داود من حديث عمرو بن عنبسة، وأخرجه النسائي من طرق، وفيها بإسناده حسن.

ورواه الترمذي من رواية ابن ماجه، وقال: حسن صحيح، ورواه أبو يعلى والطبراني ورجاله رجال الصحيح خلا قيس الجذامي ولم يضعفه أحد.

ومن ذلك حديث: ((أيما امرئ مسلم أعتق امرءاً مسلماً كان فكاكه من النار)) ذكره في (التلخيص) قال: أخرجه أبو داود والترمذي من حديث عمرو بن عنبسة، وأحمد، والنسائي، من حديث أبي موسى وأبو داود وابن ماجه، عن كعب بن مرة، وهو عند الشخين بلفظه من

حديث أبي هريرة إلا قوله: ((كان فكاكه من النار)) ففي حديثهما بلفظ: ((استنقذه الله بكل عضو منه عضواً من النار)).

وزاد البخاري: ((حتى فرجه بفرجه)) وفي الباب عن مالك بن الحارث مرفوعاً عند أحمد، والطبراني، وفيه علي بن زيد، وحديثه حسن، وعن مالك بن القشيري مرفوعاً عند أحمد، وفيه من ذكرنا.

وعن أبي ذر مرفوعاً عند البزار وفيه أبو جرير وثقه ابن حبان، وابن معين في رواية، وضعفه جمهور الأئمة.

وعن سهل بن سعد مرفوعاً رواه الطبراني في ((الكبير)) و((الصغير)) وفيه زكريا بن منظور، وقد وثق، وعن عبد الرحمن بن عوف مرفوعاً رواه الطبراني، وفيه أبو سلمة لم يسمع من أبيه وبقية رجاله حديثهم حسن، وعن ابن عباس مرفوعاً رواه الطبراني وفيه محمد بن حميد وهو ضعيف، وعن أبي سكينة مرفوعاً رواه الطبراني وفيه يزيد بن ربيعة الصنعاني وهو متروك، وكذلك هو في (مجمع الزوائد) إلى غير ذلك من أدلة لا تحصى.

وجميع ما ذكرناه وما أدى معناه مما تركناه مراعاة للإختصار منتهض على المطلوب، في أن العتق والإعانة عليه أفضل ما ينعم به أحد على أحد إذ خلصه بذلك من الرق وجبر به من النقص الذي فيه، [وتعمل] له أحكام الأحرار في جميع التصرفات .. هذا وإن كان ظاهر ما ذكرنا من الأدلة بحصول هذا الأجر مطلقة ـ أي سواء كان المعتق مسلماً أو كافراً ذكراً أو أنثى ـ وكذا المعتق فهي مقيدة بحديث ((أيما امرئ مسلم ...)) السالف ذكره.

وبحديث أبي أمامه الآتي وما بعده، فاشترط الإسلام لأجل هذا الأجر، وإلا فإن عتق الكافر يصح.

وقولهم: ((لا قربة لكافر)) ليس المراد لا ينفذ منه ما من شأنه أن يتقرب به كالعتق والهبة والصدقة، وغير ذلك، إنما المراد أنه لا يثاب عليها، وإلا فهي نافذة منه، لكن لا نجاة له بسببه من النار.

وفي تقييد الرقبة المعتقة بالإسلام ـ أيضاً ـ دليل أن هذا الفضل لا ينال إلا بعتق المسلم، وإن كان في عتق الكافر فضل، لكن لا يبلغ ما وعد به هنا من الأجر.

وفي قوله: ((بكل عضو)) دلالة أن عتق كامل الأعضاء أفضل من عتق ناقصها، فلا يكون خصياً، ولا فاقد غيره من الأعضاء، والأغلى ثمنا والأنفس عند أهلها أفضل؛ لما في ((موطأ مالك)) عن هشام بن عروة، عن أبيه، عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وآله وسلم أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم سئل أي الرقاب أفضل؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: ((أغلاها ثمناً وأنفسها عند أهلها)) . انتهى.

وعن أبي ذر، قال: سألت النبي صلى الله عليه وآله وسلم وفيه قلت: فأي الرقاب أفضل؟ قال: ((أغلاها ثمناً وأنفسها عند أهلها)) متفق عليه.

فدل على أن الأغلى ثمناً أفضل من الأدنى قيمة، قال البدر الأمير: فإنه إذا كان شخص بمحل عظيم من العلم والعمل والإنتفاع به عظيم فعتقه أفضل من عتق جماعة ليس فيهم هذه السمات فيكون الضابط اعتبار الأكثر نفعاً.

وقوله: (وأنفسها عند أهلها) أي ما كان اغتباطهم بها وهو الموافق لقوله تعالى: {لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ ..} [آل عمران: 92] الآية.

وعتق الذكر أفضل من عتق الأنثى عند الجمهور، واحتجوا بما أخرجه الترمذي وصححه عن أبي أمامة مرفوعاً، وفيه ((وأيما مسلم أعتق امرأتين مسلمتين كانتا فكاكه من نار)) انتهى.

فعتق المرأة أجره على النصف من عتق الذكر، فالرجل إذا أعتق امرأة كانت فكاك نصفه من النار، والمرأة إذا أعتقت المرأة كانت فكاكها، كما دل له مفهوم الخبر ومنطوقه.

(280/2)

حديث كعب بن مرة عند أبي داود مرفوعاً، وفيه: ((وأيما امرأة مسلمة أعتقت امرأة مسلمة كانت فكاكها من النار)) ولما في الذكر من المعاني العامة والمنفعة التي لا توجد في الإناث من الشهادة والجهاد والقضاء وغير ذلك مما يختص به الرجال، اما شرعاً واما عادة، ولأن في الأماء من تضيع بالعتق، ولا يرغب فيها بخلاف العبد.

وقال آخرون: عتق الأنثى أفضل، لأنه يكون ولدها حراً، سواء تزوجها حر، أو عبد.

فائدة: قال في (النجم الوهاج): أنه أعتق النبي صلى الله عليه وآله وسلم ثلاثة وستين نسمة عدد سنيّ عمره وعد أسمائهم، وأعتقت عائشة سبعاً وستين وعاشت كذلك، وأعتق أبو بكر كثيراً، وأعتق العباس سبعين عبداً، رواه الحاكم.

وأعتق عثمان وهو محاصر عشرين، وأعتق حكيم بن حزام مائة مطوقين بالفضة، وأعتق عبد الله بن عمر ألفاً، وأعتق ذو الكلاع الحميري في يوم واحد ثمانية آلاف عبداً، وأعتق عبد الرحمن

بن عوف ثلاثين ألف نسمة. انتهى مختصراً.
قلت: وأعتق أمير المؤمنين علي بن أبي طالب كثيراً، وهكذا عمر بن الخطاب وجماهير الصحابة فمن دونهم ومن بعدهم، وأما الإجماع فلا خلاف في فضله وحسن وقوعه وعظم أجره وشريعته.
قال ابن حزم: العتق فعل حسن لا خلاف في ذلك، ولا يحل للمرء أن يعتق عبده أو أمته إلا لله لا لغيره، ولا يجوز أخذ مال على العتق إلا في الكتابة، خاصة لمجيء النص بها وهو عبادة، فإذا كانت لله خالصة جازت، وإذا كانت لشريك معه ـ تعالى ـ أو لغيره محضاً بطلت، لوقوعها على خلاف ما أمر الله، ثم لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد)) .

(281/2)

فائدة: إعلم أنه جاء الإسلام والاسترقاق منتشر في العالم جميعه مع تشعب سبل الاسترقاق وفقد طرق التحرير، ووجود التشديد القانوني في الملل السابقة على الأرقاء والإنفصال التام بينهم وبين مواليهم، فلم يكن من الحكمة مفاجأة العالم بإبطاله جملة واحدة، لأنه أمر تأصل في العالم بتقرير الشرائع السماوية والأرضية، وتمسك الناس أحقاباً وقروناً اتخذوه أصلا من أصول مدنياتهم، ولو فاجأهم الشرع الإسلامي بذلك لأحرج صدورهم، والجأهم إلى الإحتجاج بقواعد الشرائع الإلهية والوضعية، ووقوفهم موقف المدافع المعاند، بيد أن الإسلام ضيق من سبل الرق وحصرها في سبيل واحد، وهو المحاربة الشرعية المنظمة لقوم كافرين بعد عرض الإسلام أولاً، ثم الجزية.
فإن أجاب الأعداء إلى أحدهما عصموا أنفسهم وأموالهم، وصار لهم ما للمسلمين وعليهم ما عليهم وإن أبوا ودارت عليهم الدائرة، صاروا أرقاء للغالبين، على أن ذلك لا يحرمهم نعمة الرجوع إلى الحرية إذا افتدوا أنفسهم بمال، كما أن للإمام أن يطلق سراحهم لوجه الله، كما قال تعالى: {فَإِذا لَقِيتُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا فَضَرْبَ الرِّقَابِ حَتَّى إِذَا أَثْخَنتُمُوهُمْ فَشُدُّوا الْوَثَاقَ فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَاءً حَتَّى تَضَعَ الْحَرْبُ أَوْزَارَهَا..}[محمد:4].

(282/2)

ثم أنه نظر الشرع الإسلامي نظرة عطف ورحمة إلى المستضعفين بالرق الذين لم تتم لهم نعمة الله بالحرية الكاملة، فلم يجعل جرائمهم المشابهة لجرائم الأحرار مماثلة في القبح
والإستنكال، بل جعل جرمة الرقيق لضعفه، ونقص نعمة الحرية عنده أقل من جريمة الحر، لقوته وتمام نعمته، فجعل عقوبة الرقيق في الجلد في القذف والشرب نصف عقوبة الحر، ما لم يمنع مانع لقوله تعالى: {فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنْ الْعَذَابِ ..}[النساء:25] نصاً في الأمة وقياساً جلياً في العبد، كما أقيست الأمة على العبد في سراية العتق، ولتعذر التنصيف في عقوبة قطع اليد في السرقة أبقيت كاملة، وكلام علماء الأمة، وشواهد التاريخ، ناطقة أن الإسلام ما جعل الإسترقاق موجباً للهوان، ولا مسقطاً للكرام، وأن الشريعة أوجبت معاملتهم بالرفق واللين، ومعاملته بالحسن وتأديبه وتهذيبه، وعدم إحتقاره وتذكيره ما هو فيه من الإستعباد، ولا يضر الأسلاف ما يشاهد في كثير من بلاد المسلمين من خطف الزنوج وبيعهم واسترقاقهم فما كان عمل الجاهلية حجة على الدين في أي عصر من العصور.
إذا عرفت ما ذكرنا فسبل التحرير كثيرة أهمها ما سنذكر، وقد تقدم ذكرها جملة في (باب الولاء):

(283/2)

الأول: تحرير النفس وسيلة لغفران الذنوب العامة؛ لدلالة ما تقدم من طريق أبي موسى، وقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((إذ جاءه أعرابي فقال يار سول الله دلني على عمل يدخلني الجنة ؟ قال: ((اعتق النسمة، وفك الرقبة)) قال الأعرابي: يا رسول الله أو ليستا واحدة ؟ قال: ((لا. عتق النسمة: أن تنفرد بعتقها، وفك الرقبة: أن تعين في ثمنها)) .
الثاني: قررت الشريعة أن يتبع غير الجزء من الأجزاء الجزء منها، فمن أعتق بعض عبده سرى العتق إلى باقيه، وكذا لو أعتق بعض الشركاء، وسيأتي الكلام عليه في (الحديث الثاني) من الباب . إن شاء الله.
الثالث: جعلت الشريعة العتق كفارة للقتل الخطأ، قال تعالى: {وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ}[النساء:92] وسر ذلك أن القتل إعدام للحياة الجسمية، والتحرير إيجاد للحياة المعنوية.
الرابع: التحرير أفضل سبيل لغفران الحنث في كفارة اليمين، لقوله تعالى: {لاَ يُؤَاخِذُكُمْ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ..} إلى قوله تعالى: {أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ} [المائدة: 89].
الخامس: إذا ظاهر الرجل من زوجته ثم عاد لما قال وأمسكها في عصمته، وجب عليه أن

يسلك سبيل التحرير إن كان مستطيعاً؛ لقوله تعالى في آية الظهار: {فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا } [المجادلة: 3].

(284/2)

السادس: من علم في مولاه الخير فكاتبه على قدر معين يؤديه في نجمين أو أكثر، وسيأتي لقوله تعالى: {فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا }[النور:33].

السابع: من نذر بتحرير رقبة بغير شرط أو بشرط، ونال ما يرجوه، أو سلم مما يخشاه لزمه الوفاء بما نذره متى تم له مراده؛ لعموم حديث من نذر نذراً سماه فعليه الوفاء به.

الثامن: أباحت الشريعة زواج الأحرار بالإماء، لقوله تعالى: {وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فَتَيَاتِكُمْ الْمُؤْمِنَاتِ}[النساء:25] وكذلك زواجة الأرقاء بالحرائر، ثم جعل أولاد الحرائر من الأرقاء أحراراً يرثون أبائهم، وكذلك أولاد الإماء من الأحرار، وللعلماء تفاصيل في كل ذلك، مذكور في محله من الفروع.

(تنبيه): اختصت الشريعة الإسلاميه العتيق بمزايا:

الأولى: أنها أوصلت المولى بسيده بعد فصله عنه بالإعتاق، فأوجدت بينهما ولاءً جل فوائده للمولى لا للسيد، لأن هذا الولاء لا يصونه عن ضعف العزلة ويؤنسه في الإنفراد، ويجنبه بما يحدثه فقد العصبة من الخذلان والإذلال.

قال: فيؤتى به عادة إلى بلاد قاصية، فلا يكون له عضداً سوى مولاه، فإذا انفصل عن سيده انفصالاً تاماً آلمه انقطاعه عن جميع الناس في شخص سيده، ولحقه ضرر كثير، فثبت الولاء للسيد عليه، جبراً لما لحقه من الضرر، وألم انقطاعه.

الثانية: أن هذا الولاء يوجب على السيد القيام بحاجة المولى إذا عجز عن تحصيلها.

(285/2)

الثالثة: إن هذا الولاء يكسب لمعتقه الرغبة فيها، فإن من الناس من يأبى الزواج بمن لا ولي لها من الأهل أو من يكونوا بمنزلتهم .. إلى غير ذلك مما تقدم ذكره في (باب الولاء).

إذا تقرر لديك ما ذكرنا، فاعلم أن العتق لا يصح إيقاعه إلا من بالغ، عاقل، ولو سكراناً غير مكره، ولا محجور، مالك حال إيقاع اللفظ، فلو قال لعبده: إن ملكتك فأنت حر، ثم ملكه بأي التصرفات فلا يعتق عند الجمهور ورجح للمذهب.

وقال أبو حنيفة: بل يعتق، وهو أحد قولي المؤيد بالله، وتصح من الأخرس، وممن تعذر عليه النطق بالإشارة، ويصح بالكتابة المرتسمة، ويصح ـ أيضاً ـ عتق كل مملوك كيف كان، ذكراً، أو أنثى، أو خنثى، ولا تلحق الإجازة من ألفاظه إلا عقده، ويصح كونه موقوفاً من كلا الطرفين، أو من أحدهما.

ولا خلاف في سرعة نفوذه ولو من الهازل، وألفاظه: صريحة، وكناية، فصريح لفظه ما لا يحتمل معنى سواه صفة، أو خبراً، أو نداء، نحو: ياحر، وأنت مولاي، وولدي، ونحو: أعتقتك، أو حررتك، أو أنت حرام، أو عتيق، أو يا بني. قال في (البحر) فيعتق بذلك إجماعاً.

والكناية ما تحتمله وغيره: نحو أطلقتك، ولا بد فيها من النية، وفيما ذكرناه مما تركناه الكفاية، رعاية للإختصار، وهي مبسوطة في محله من الفروع، وسواء أعتق العبد كله، أو ما شاء منه.

وإلى ذلك أشار الإمام عليه السلام بقوله:

(286/2)

[العتق والاسترقاق]

حدثني زيد بن علي، عن ابيه، عن جده، عن علي عليه السلام قال: ((يعتق الرجل من عبده ما شاء وليسترق منه ما شاء)).

بيض له في (التخريج) وذكره في (المنهاج الجلي) بلفظ: وروينا عن أمير المؤمنين أنه قال: ((يعتق الرجل من عبده ما شاء ويسترق ما شاء)) ولصدر الخبر جملة شواهد في (الجامع الكافي) وروى محمد بلاغاً عن علي قال: ((يعتق الرجل ما شاء من غلامه)) ـ انتهى.

وفي موضع آخر من رواه بلاغاً عن الحسن بن علي عن علي عليه السلام قال: ((يعتق الرجل ما شاء من غلامه)) انتهى.

وأخرج ابن حزم في (المحلى) من طريق ابن أبي شيبة: نا حفص، عن أشعث، عن الحسن قال: قال علي بن أبي طالب عليه السلام: ((يعتق الرجل ما شاء من غلامه)) انتهى.

وفي (مجمع الزوائد) عن عبد الله بن سمان المزني قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: ((يعتق الرجل من عبيده ما شاء)) وفي نسخة من (مجمع الزوائد): ((...من عبده، إن شاء ثلثاً، وإن شاء ربعاً)) رواه الطبراني في (الكبير) و(الأوسط)، وزاد: ((وإن شاء خمساً، ليس بينه وبين الله ضغطة)) انتهى ـ أي قهر وكره ـ.

وفي إسناده محمد بن سناف ـ بالفاء ـ وهو ضعيف، وأخرجه ابن ماجه من طريق محمد بن فضالة عن أبيه مرفوعاً.

وأخرجه الطبراني ـ أيضاً ـ من طريق علقمة بن عبد الله المزني مرفوعاً، قال: ((يعتق الرجل من عبده ما شاء ، إن شاء ثلثا، وإن شاء ربعاً، وإن شاء خمساً ليس بينه وبين الله ضغطة)) انتهى.

(287/2)

ويشهد لكامل الخبر ما أخرجه ابن حزم من طريق أحمد، عن إسماعيل بن أمية، عن أبيه، عن جده، قال: كان لهم غلام يقال له: (طهمان) أو (ذكوان) فأعتق منه **[جده]** نصفه، فجاء العبد إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم، فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم: ((تعتق في عتقك ، وترق في رقك)) قال: فكان يخدم سيده حتى مات، رواه أحمد .

وذكره في (مجمع الزوائد) قال: ((وهو مرسل ورجاله ثقات)) انتهى.

وأخرجه الطبراني، وما رواه الجماعة من طريق ابن عمر مرفوعاً، وفيه: ((ومن أعتق شركا له في عبد ..)) إلى أن قال: ((..فقد أعتق منه ما عتق)).

ورواه الدارقطني وزاد فيه: ((..ورق ما بقي)) وسيأتي في الحديث الآتي والحديث يدل بظاهره على صحة تجزي حرمة العبد، وتبعيض العتق على ما يشاء المالك أن يعتق من عبده، أما نصفه، أو ثلثه، أو ربعة، أو خمسة، أو أقل من ذلك، أو أكثر من أجزاء المملوك المشاعة واسترقاق ما عدا ذلك على ما يشاء المالك، وكذا الأمة لعدم الفارق بينهما.

(288/2)

ويدل الخبر ـ أيضاً ـ على عدم ثبوت سراية العتق إلى ما بقي في العبد المعتق بعضه، والوجه في ذلك، والله أعلم: إن السراية موجبة لضمان قيمة حصة الشريك كما هو منطوق الخبر الآتي، فلا تكون إلا في العبد المشترك فيمن أعتق حصته فيه إذا كان مؤسراً وإلا فعلى العبد السعاية كما سيأتي؛ لأن الشريك وإن خرج ملكه في العبد بغير اختياره فله قيمته بالعدل، بخلاف من لا شريك له في العبد إذا أعتق ما شاء فيه فلا سراية في فعله إلى ما بقي له؛ لما ثبت أنه لا يثبت للسيد دين على نفسه لو كان مؤسراً ولا على عبده لو كان معسراً فلا سراية؛ لعدم الضمان، فيعتق ما شاء من عبده ويسترق ما شاء.

وقد اختلف علماء السلف والخلف في هذه المسألة، وإلى ما دل عليه الخبر هو قول أمير المؤمنين علي بن أبي طالب عليه السلام، وبه قال جماعة من الصحابة فمن بعدهم، وهو قول مالك والشافعي، وأحمد، وجمهور علماء الحجاز، في العبد المشترك: ((إنه لا يعتق نصيب

الشريك بالسراية)) فهكذا ما هنا بالأولى أن يقولوا: أنه لا يسري إلا ما بقي له فيه، وهو قول أهل المدينة، ونسبهُ ابن حزم إلى عمرو بن دينار، والزهري، وربيعة في أحد قوليه، وعطاء في آخر قوليه، ورواه عن عمر. انتهى.

وحكى أنه مذهب الناصر كما في (أصول الأحكام) وصرح به في (المنهاج الجلي) وذهب الجمهور إلى عدم تجزئ العتق وتبعيضه، فقد عتق ما عتق بالمباشرة، وعتق ما بقي بالسراية.

(289/2)

احتج الأولون بظاهر حديث الأصل وشواهده، وبما سيأتي في الحديث الآتي، وأما الجمهور فعلى هجر الظاهر، فصار كل حراً، وهو الذي صرح به محمد بن منصور في (الجامع الكافي) على ما رواه بلاغاً، عن علي المذكور في الشواهد بلفظ: ((قال محمد . معنى هذه عنده . يعتق الرجل ما شاء من عبده، فإنه حر كله)). انتهى.

وحملوا الخبر وشواهده على عتق المالك لما شاء من عبده، ويسترق ما شاء فإنه حر كله بالمباشرة والسراية، ولما في (الجامع الكافي) عن الحكم عن علي قال: ((إذا أعتق عضواً فهو عتيق كله)) وفيه ما تقدم.

ذكره بلفظ وروي محمد بإسناده عن الحسن عن علي عليه السلام قال: يعتق الرجل إلى قوله: فإنه حر كله. قال محمد: وهو معنى قول الحسن فيما حدثنا زيد عن زيد، عن أحمد عنه.

فهذه الأدلة وما أدى معناها ناطقة يعتق العبد جميعه ولو اعتق بعضه عتق كله بالمباشرة والسراية.

وحاصل ما في هذه المسألة: أنه لا خلاف بين الجميع أنه يعتق من العبد ما أعتقه المالك بالمباشرة في صحته أو مرضه، وإنما الخلاف بينهم في عتق ما بقي من العبد بالسراية من عدمه.

فالأولون ومن سيأتي في القول الثالث في الحديث الآتي على تجزء العتق وتبعيضه، وأنه لا يسري العتق إلى ما بقي فيه، وحجتهم ما ذكرنا، وما سيأتي.

وأجابوا عن حجج الجمهور: بأن ما في (المجموع) من الزيادة المقبولة عند علماء الحديث والأصول ترد ما قالوا، والجمهور على عتق ما بقي في العبد بالسراية.

(290/2)

وأجابوا عن حجج الأولين: بهجر ظاهرها، وحملوا الزيادة في خبر (المجموع) وما في رواية الجماعة، بلفظ: ورق ما بقي فإنه حر كله بالسراية لما بقي، ومن حججهم ما أخرجه ابن حزم من طريق محمد بن المثنى، نا عبد الرحمن بن مهدي، عن سفيان الثوري، عن خالد بن سلمة، عن عمر بن الخطاب: ((من أعتق ثلث مملوكه فهو حر كله، ليس لله شريك)).

وأخرج - أيضاً - من طريق يحيى بن سعيد الأنصاري وعطاء بن رباح، ونافع - مولى ابن عمر - من طريق ابن وهب: ((من أعتق بعض عبده في صحته أو مرضه عتق عليه في ماله)).

وأخرج - أيضاً - من طريق قتادة عن أبي المليح الهذلي، عن أبيه: أن رجلاً من هذيل أعتق شقصاً من مملوك، فأجاز رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عتقه وقال: ((ليس لله شريك))
.

قال: وإسناده صحيح وأخرجه أبو داود بلفظه: في رواية من طريق أبي المليح عن أبيه، ولم يذكر من هذيل وفي رواية لأبي داود: أن رجلاً أعتق شقصاً [له] من غلام فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقال: ((ليس لله شريك)) .

وأخرجه النسائي بإسناد قوي بلفظه: من طريق أبي المليح، عن أبيه، وأخرج أحمد بإسناد حسن من حديث سمرة، بمعناه، ولفظه: أن رجلاً أعتق شقصاً له في مملوك فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم: ((هو كله حر فليس لله شريك)).

ومن حججهم - أيضاً - القياس على عتق الشقص في الحديث الآتي وشواهده، فإنه إذا سرى إلى مالك الشريك فبالأولى إذا لم يكن له شريك.

أجاب الأولون: بأن كلام عمر، وابن وهب، ليس بحجة، ثم لا يقاوم كلامهما قول علي في حديث (المجموع).

(291/2)

ورد بأن خبرهما معتضد بحديث أبي المليح وسمرة.

وأجيب: بأن حديث أبي المليح وسمرة ليس فيهما أن المملوك كاملاً لمعتق الشقص كما هو محط النزاع فأعتق ملكه، وأبقى نصيب شريكه، وسيأتي الكلام عليهما في الحديث الآتي.

وأجابوا عن القياس بأن السبب في حق الشريك هو أنه لما يدخل على شريكه من الضرر، فإذا كان العبد له جميعاً لم يكن هناك ضرر فلا قياس.

وأجيب بعدم الفارق، لأن الضرر على المالك فيما لم يعتقه مثل الضرر على الشريك في حق العقد ولبقاء الشركة بين الله والسيد.

وقد تقدم أن ليس لله شريك، ورد بأن ضرر الشريك من فعل غيره، فلزم له قيمة حصته بالعدل، بخلاف المالك فلا ضرر عليه في فعله فلا يثبت له دين على نفسه ولا على عبده، وإلا فلا قياس مع النص عن أمير المؤمنين علي لما ثبت أن كلامه عندنا حجه.

والجمهور لا يخالف في تبعيض حرية المكاتب بقدر ما أدى من مال الكتابة في الميراث والجنايات والحدود له وعليه وما هنا من ذلك في تبعيض الحرية والأحكام له وعليه، وفساد ما قيل من التعارض بين حديث الأصل وما بعده وترجيح الحديث الآتي للأدلة الواردة، من قوله: ((ليس لله شريك)).

واضح لأن حديث الأصل في العبد غير المشترك وما سيأتي في المشترك، ولما ذكرنا في المكاتب.

فإن قيل: المكاتب مخصوص بالأدلة.

(292/2)

قلنا: وما هنا مخصوص بالأدلة المذكورة وما سيأتي، وعلى هذا يتجه عدم اعتبار ما في (أصول الأحكام) في جواب الفنقلة على حديث الأصل، بلفظ: قلنا: ليس في الخبر أنه يعتق في العبد الواحد ما شاء، ويسترق ما شاء، والخبر المحمول عندنا على أنه أراد إذا كان له عبيد يعتق منهم من شاء.

وقد يذكر الجمع بلفظ الواحد، كما قال تعالى: {وَالْعَصْرِ ، إِنَّ الإِنسَانَ لَفِي خُسْرٍ}[العصر:2،1] أراد الناس . انتهى.

لوضوح حديث الأصل لأن لفظ: يعتق الرجل من عبده، صريح في العبد الواحد، وحمل الخبر على العبيد معتلاً بأنه قد يذكر (الجمع) بلفظ (الواحد) كما في آية العصر بعيد، إلا القرينة ولا قرينة.

والألف واللام في الإنسان للجنس، ولفظ (عبد) في الخبر نكرة مفرد، ولما في ذلك من حمل كلام أمير المؤمنين عليه السلام على خلاف ظاهره من التحامل، لتقوية القاعدة المقررة في المشترك.

وإخراج كلامه على خلاف مراده، وكل ذلك يأباه؛ إذ صريح لفظ الخبر هنا في غير المشترك وما سيأتي في المشترك وسيأتي قريباً في (الوصايا) إن شاء الله ما يؤيد ما ذكرنا، وللناظر نظره، والله أعلم.

واختلف الجمهور هل تجب السعاية على العبد لمولاه؟ أو للورثة؟ فيما زاد على الحصة التي

عتق بها؟ أم لا؟!

فذهب الكثير من العلماء إلى: أنه لاسعاية على العبد لمالكه فيما زاد على عتقه، وسواء كان في صحته أو في مرضه، مؤسراً كان أو معسراً، وبه قال عطاء بن أبي رباح، ونافع مولى ابن عمر، ونسبه في (شرح بلوغ المرام) للقاضي العلامة حسين المغربي، وإلى جمهور علماء الحجاز، والكوفة، والعراق.

(293/2)

قلت: وهو قول محمد بن منصور، والناصر، وابن حزم، والهادوية، ورجح للمذهب، وفي لفظ (المحلى): ((ومن أعتق بعض عبده فقد عتق كله بلا استسعى)).

وفي (الجامع الكافي) قال محمد: وإذا أعتق الرجل من عبده جزءاً، أو عضوًا، صار العبد كله حراً، ولا سعاية عليه مؤسراً كان العبد أو معسراً . انتهى.

وظاهره سواء كان في صحته، أو في مرضه، وقال أبو حنيفة، وأهل الظاهر: يعتق منه ذلك القدر الذي عتق، ويسعى في الباقي لمولاه أو للورثة.

وكذا لو أوصى بعتق بعض عبده عتق منه ما أوصى به، وسعى للورثة في الباقي، ويعتق بالأدى، قال ابن حزم: ويروى نحو هذا عن علي جملة.

احتج الأولون: بأن أدلة الجميع المذكورة مطلقة، ولو كانت السعاية لازمة لما أهملها . صلى الله عليه وآله وسلم . وهو في مقام التعليم.

واحتج أبو حنيفة ومن معه بحديث (المجموع) الآتي وشواهده الناطقة، بلزوم السعاية على العبد مع إعسار السيد.

وأجابوا عن أدلة الأولين بأنها كلها آثار عن الصحابة فمن بعدهم ولا حجة فيها، وحديث أبي المليح وسمرة، وغيرهما ليس فيها ذكر السعاية بنفي ولا إثبات.

أجاب الأولون: بأن عدم ذكر السعاية حجة في عدم لزومها، لأنه صلى الله عليه وآله وسلم في مقام التعليم، والسعاية فيما سيأتي لحصة الشريك مع إعسار السيد، لأن الوجوب عليه مع اليسار، لعدم حدوث أي شيء من الشريك بخلاف ما هنا فالحادث هو إعتاق لمالك لجزء من عبده فأسقط من القيمة ما يستحق فيما بقي في العبد، وعتق بالسراية، سواء كان المالك مؤسراً، أو معسراً.

(294/2)

وفي (المحلى) لابن حزم: ولو أوصى بعتق بعض عبده عتق ما أوصى به وعتق باقيه واستسعى في قيمة ما زاد على ما أوصى بعتقه.

وروي من طريق ابن عمر، والحكم، والشعبي، وإبراهيم النخعي.

قلت: وبه قال محمد بن منصور، ذكره في (الجامع الكافي).

قال ابن حزم، وقال مالك: إن أعتق بعض عبده في صحته أعتق عليه كله، فإن أعتق بعضه في مرضه أعتق عليه باقيه ما حمل منه الثلث، ويبقى الباقي رقيقا، فإن أوصى بعتق بعض عبده لم يعتق منه إلا ما أوصى به فقط.

وروي نحو هذا عن ابن مسعود .. إلى أن قال: لا حجة في أحد دون رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم، وقد اختلفوا كما ذكرنا - انتهى.

وذكر في (الجامع الكافي) عن القاسم فيمن قال لعبده: ((ثلثك حر)) ولا مال له غيره فقد عتق وسعى لسيده في ثلثي قيمته، وإن كان قيمة العبد بقدر ثلث ماله أو دونه عتق، ولا سعاية عليه - انتهى.

قلت: ومع ذلك فالمرجع السنة، وقد عرفت مما ذكرنا من إطلاق الأدلة المرفوعة والموقوفة عن علي - عليه السلام - عدم ذكر السعاية، ولو كان يختلف حال الصحة والمرض واليسار والإعسار لنص الشارع؛ لأنه في مقام التعليم كما نص فيما سيأتي، إلا أنه يستثنى من ذلك من قيد عتق الشقص من ملكه بمدة ومات المعتق للشقص قبل نفوذها، أو كانت الوصية بعتق الشقص من ملكه لبعد الموت، فيسري العتق إلى جميعه، فمع يسار المعتق للشقص لا تجب السعاية، ومع الإعسار تجب على العبد ويعتق بالأداء، لثبوت الملك للورثة فيما عدا الثلث، إذا كان الشقص الثلث فما دون، وسيأتي الكلام قريباً إن شاء الله.

(295/2)

وبقي الكلام فيمن أعتق عضواً معنياً من عبده أو أمته كاليد، أو الرجل، أو جزءاً مسمى، أو أعتق ظفراً، أو شعراً، أو نحو ذلك مما هو منفصل، سواء كان مما تحله الحياة أم لا!

وقد اختلف العلماء في ذلك:

فالمذهب: أنه يعتق جميعه بالسراية إلى ما عدا العضو المعتق أو الجزء، ونسبه في (البحر) إلى العترة، والشافعي، وبه قال زفر، والحسن بن حي، وابن أبي ليلى، والليث، وأخرجه ابن حزم عن الشعبي من طريق عبد الرزاق، عن سفيان الثوري، عن جابر، عن الشعبي، فيمن أعتق من عبده عضواً عتق كله، ميراثه ميراث حر، وشهادته شهادة حر.

وبه قال مالك، ما لم يقع عتق البعض أو الجزء مشروط، فلا تقع السراية إلا بعد حصول الشرط، وذلك العضو أو الجزء باق، فإن ذهب ذلك قبل حصول الشرط لم تقع السراية فلا يعتق كما هو المختار عند أهل المذهب.

ومن حججهم: القياس على العتق المضاف إلى ما يعبر به عن الجملة من الأعضاء، لأن العتق مختص بالسراية، فلا فرق في ذلك بين أن يضاف إلى جزء معين، أو إلى جز يعبر به عن جملة الإنسان: كاليد، والرأس، والعين، والرقبة، والفرج، والنفس، والروح، والجسد، والبدن، فإنه يعتق به.

قال في (الإنتصار) وشرح أبي مضر إجماعاً وقرره الإمام المهدي في (الغيث) و(الزهور) إلا أنه ناقض مالك فيمن أوصى بأن يعتق من عبده تسعة أعشاره عتق ما سمى، ولا يعتق بذلك سائره.

ومن حججهم - أيضاً - ما أخرجه عبد الرزاق، عن معمر، عن قتادة، أنه قال: من قال لعبده ((إصبعك حر، أو ظفرك، أو عضو منك حر عتق كله)) .

(296/2)

ومن طريق محمد بن المثنى، نا حفص بن غياث، نا ليث بن أبي سليم، عن عاصم، عن ابن عباس، أنه قال في رجل قال لخادمته: فرجك حر، فقال: هي حرة أعتق منها قليلاً أو كثيراً فهي حرة .

وذكره في (الجامع الكافي) عن ابن عباس في رجل أعتق فرج أمته، قال: هي حرة .. إلى أن قال: وعن الشعبي وحسن بن صالح مثل ذلك، قال حسن: وإن قال: ((رجلك حرة)) عتقت.

واحتجوا بأن هذه الألفاظ يعبر بها عن الجميع لغة، وقال أبو حنيفة وأصحابه، الأزخر: لا يجب العتق بذكر شيء من الأعضاء إلا في ذكره عتق الرقبة، أو الوجه، أو الروح، أو النفس، أو الجسد، أو البدن، فأي من هذه الأعضاء عتقت عتق جميعه، ونسبه في (البحر) إلى أبي حنيفة، ومحمد.

واختلفوا في عتق الرأس، أو الفرج، أيعتق بذلك أم لا؟

واحتجوا بأن هذه الألفاظ يعبر بها عن الجملة لغة، قال ابن حزم: بخلاف اليد والرجل والظفر والشعر فلا يعبر بها عن الكل، فلا يعتق بها كلوا أعتق الظل.

وقال أحمد، وإسحاق: إن قال: ظفرك حر، لم يجب العتق بذلك، لأنه مباين حامله.

وذكر ابن حزم وأكثر هذه الأقوال في (المحلى) ثم قال: ((وكل هذا لا شيء)) انتهى.

قلت: وقد بحثت فلم أجد لأي الأقوال المذكورة أي دليل من كتاب، ولا سنة، ولا إجماع، مما يعبر عن الجملة من الأعضاء، إلا في الوجه، والنفس، والرقبة، والبدن، مع الإحتجاج لها باللغة، كما نوه بذلك كل فريق.

(297/2)

واحتجاجهم بالقياس غير ظاهر؛ لوجود الفارق الجلي، لأن من أعتق أحد الأعضاء التي يعبر بها عن الجملة من العبد أو الأمة عتق جميعه أو جميعها بلا سراية إلى ما عدا المعتق ولا سعاية إجماعاً، بخلاف من أعتق غيرها من الأعضاء عتق ما عداه بالسراية، مع الخلاف في ذلك، وفي السعاية فلا قياس، والله أعلم.

ويتعلق بهذه المسألة من أعتق الجنين في بطن أمه، ولو كانت مدبرة، أو أم ولد دونها، أو العكس.

اختلف العلماء في ذلك، فقال ابن حزم: ولا يجوز عتق الجنين دون أمه إذا نفخ فيه الروح قبل أن تضع أمه، ويجوز عتقه قبل أن ينفخ فيه الروح وتكون أمه معتقة حرة، وإن لم يرد عتقها، فإن أعتقها وهي حامل فإن كان جنينها لم ينفخ فيه الروح فهو حر، إلا أن يستثنيه فإن استثناه فهي حرة وهو غير حر، وإن كان قد نفخ الروح فإن أتبعها إياه فحر، وإلا فليس بحر . انتهى.

وفي (الجامع الكافي) قال محمد: وإذا قال الرجل لأمته، أو مدبرته، أو أم ولد: ((ما في بطنك حر)) فما في بطنها حر، وهي مملوكة على حالها، ولو قال لها: ((أنت حرة وهي حامل)) كانت هي وما في بطنها حرين . انتهى.

وذكره ابن حزم، وظاهره قبل أن ينفخ فيه الروح، لأنه بضعة منها، قال: ولا يصح له إستثناه، ونسبه إلى الحسن البصري، والزهري، وقتادة، وربيعة، وروي عن سعيد بن المسيب . ولم يصح عنه، وهو قول أبي حنيفة، وسفيان، ومالك، والشافعي . انتهى.

(298/2)

وفي (الجامع الكافي) بلفظ: ولو قال لأمته: ((أنت حرة إلا ما في بطنك)) فإنه مملوك صارت هي وما في بطنها حرين، واستثنائه باطل في (رواية أحمد) لأنه عضو من أعضائها وليست عضواً من أعضائه.

وروي نحو ذلك عن علي، وابن سيرين، وهو قول أبي حنيفة وأصحابه، وروي عن بعض

أصحاب رسول الله . صلى الله عليه وآله وسلم . انتهى.

وقالت طائفة . ورجح للمذهب . : أن من أعتق الأم سرى العتق إلى الحمل قبل نفخ الروح فيه أو بعده، ويعتقان معاً.

وقالت طائفة: أن من أعتق ما في بطن أمته دونها فهو له . أي لا يعتق . فإن ولدته فعسى أن يعتق، وله بيعها قبل أن تضعه وترق هي وما ولدته، وكذلك إن مات ما في بطنها فلا عتق له.

وقال مالك إن أعتق ما في بطن أمته: فإن مات وقام غرماؤه بيعت وما في بطنها رقيقاً ولا عتق له، وإن لم تبع حتى وضعت فهو حر.

وقال أبو حنيفة، والشافعي، والمذهب: إن أعتق ما في بطن أمته فهو حر ولا يرق أبداً، ولا يسري إلى الأم، وكذا لو أعتق بعض الحمل سرى إلى جميعه، ولا يسري عتق الحمل إلى الأم.

وظاهر كلامهم: أنه لا فرق قبل نفخ الروح فيه أو بعده، وقال ابن عمر ومحمد بن سيرين، وعطاء بن رباح، والحكم بن عتيبة، وإبراهيم النخعي، والشعبي، وحماد بن أبي سليمان.

قال ابن حزم: وقد روي عن أبي هريرة، وهو قول أبي ثور، وأحمد بن حنبل، وإسحاق بن راهوية، والأوزاعي، والحسن بن حي، وابن المنذر، وأبي سليمان، وأصحابنا: إنه يصح عتق الأمة واستثناء ما في بطنها قبل أن تضع، سواء قد نفخ فيه أم لا.

قال: والحجة في ذلك . أي على ما قال، أو المسألة .:

(299/2)

قوله تعالى: {وَلَقَدْ خَلَقْنَا الإِنسَانَ مِنْ سُلاَلَةٍ مِنْ طِينٍ ..}[المؤمنون:12] الآية، قال: لأنه قبل نفخ الروح فيه هو بعض منها، وتبع لها، وله استثنائه في كل حال، فإذا أعتقها فقد أعتق بعضها، ووجب عتق جميعها، وبعد نفخ الروح فيه هو غيرها، فإذا أعتقها فلا عتق له؛ لأن الله سماه خلقاً آخر، فإن أتبعها حملها في العتق جاز ذلك، لأنه لم يزل الناس في عهد رسول الله . صلى الله عليه وآله وسلم . وبعده يعتقون الحوامل، وينفذون عتق حملها . انتهى.

واحتج في (الجامع الكافي) والحسن البصري، ومن معه: بأن ما في بطنها منها وليست هي مما في بطنها.

واحتج المذاكرون للمذهب بالإجماع، بأن الحرة لا تلد إلا حراً، ولو ولدت أكثر من واحد ولو أعتق جزءاً منها كان أولادها مثلها في السراية وعدمها.

واحتج أبو حنيفة والشافعي بالإجماع: إنه يصح إفراده بالحكم، كالنذر به، والوصية، والإقرار به وله.

واحتج محمد بن سيرين ومن معه بما أخرجه ابن حزم، بلفظ: روينا من طريق ابن أبي شيبة، نا قرة بن سليمان، عن محمد بن فضالة، عن أبيه، عن ابن عمر فيمن أعتق أمته واستثنى ما في بطنها قال له: ثنياه؟.

ومن طريق نافع، عن ابن عمر: ((أنه أعتق أمة له، واستثنى ما في بطنها)) وبه يقول عبد الله بن عمر، هذا إسناد كالشمس من أوله إلى آخره.

ومن طريق يحيى بن سعيد القطان نا هشام بن حسان، عن محمد بن سيرين أنه قال في الذي يعتق أمته ويستثني ما في بطنها، قال: ((ذلك له)).

ومن طريق عبد الرزاق: عن ابن جريج، عن عطاء بن أبي رباح، فيمن أعتق أمته واستثنى ما في بطنها، قال: ((ذلك له)) ومن طريق أبي ثور، نا أسباط، عن سفيان الثوري، عن منصور بن المعتمر، عن إبراهيم النخعي، قال: ((من كاتب أمته واستثنى ما في بطنها، فلا بأس بذلك)).

ومن طريق ابن أبي شيبة، نا يحيى بن يمان، عن سفيان الثوري، عن منصور ابن المعتمر، عن إبراهيم النخعي، قال: ((إذا أعتقها، واستثنى ما في بطنها، فله ثنياه)) .

ومن طريق عبد الرزاق: عن سفيان الثوري، عن جابر، عن الشعبي، قال: من أعتق أمته، واستثنى ما في بطنها، فذلك له.

ومن طريق ابن أبي شيبة: نا حرمي بن عمارة بن أبي حفصه، نا شعبة، قال: سألت الحكم بن عتيبة، وحماد بن أبي سليمان عن ذلك؟ . يعني عمن أعتق أمته واستثنى ما في بطنها؟ . فقالا جميعاً: ((ذلك له)) انتهى. إلى غير ذلك.

وأطال ابن حزم الكلام في هذه المسألة، والأقوال، وحججهم..

إلى أن قال في الرد على ربيعة، ومالك، وأبي حنيفة، والشافعي مما خالفوا فيه ابن عمر ولا يعرف له من الصحابة مخالف: وأما قول ربيعة، ومالك، ففي غاية التناقض ولا يخلو عتقه لجنين أمته من أن يكون عتقاً أو لا يكون عتقاً، فإن كان عتقاً فلا يحل استرقاقه بيعت أمه أو لم تبع، وإن كان ليس عتقاً فلا يجوز أن يصح له عتق وإن وضعته يقول ليس عتقاً، ونسوا ها هنا احتجاجهم بـ((المسلمين عند شروطهم)) وبـ((أوفوا العقود)).

وهذا قول لا يؤيده قرآن، ولا سنة، ولا رواية سقيمة، ولا قول صاحب، ولا قول أحد قبل ربيعة ومالك، ولا غيرهما، وعهدناهم يحتجون في بعض المواضع بشيء لا يعرف مخرجه، وكل ذي ذات رحم فولدها بمنزلتها، وهم أول مخالف لهذا فيقولون في ولد الغارة والمستحقة: ((هي أمة وولدها حر)).

وقال بعضهم: لم نجد قط امرأة حرة يكون جنينها مملوكاً، فقلنا: ولا وجدتم قط امرأة مملوكة وولدها حر.

وقد قضيتم بذلك في أم الولد ولا وجد الحنفيون قط حكم الأبق وجعله في غير الأبق، ولا وجد المالكيون قط امرأة متزوجة بزيد ترث عمراً بالزوجية وهي في عصمة زيد، ولا وجد الشافعيون قط حكم المصراة في غير المصراة، وهذا تخليط لا نظير له. انتهى.

قلت: غاية ما احتج به ابن جزم بحديث ابن عمر: إن له أن يستثني ولدها، ودلالة الإستثناء دليل أنه يتبعها لو لم يستثنيه.

والظاهر: أنه لا يتم له الإستدلال بذلك، لما ذكره في (المحلى) غير مرة من أنه لا حجة في قول أحد دون رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم إلا أنه قد تقدم عنه أنه لا يعرف لابن عمر أحد من الصحابة مخالف فبالإجماع، ولكن يقال له أين الإجماع، وفي المسألة ما قد عرفت من الخلاف في القول الأول عن (الجامع الكافي) بلفظ:

وروي نحو ذلك عن علي عليه السلام، ولما عرفت من الخلاف بين التابعين فمن بعدهم لا يتأتى ذلك منهم إلا وقد عرفوا المخالف لابن عمر من الصحابة لمعرفتهم لهم، وللأخذ عنهم. والله أعلم.

هذا، وكلما تقدم في العبد غير المشترك، وكذا الأمة، وأما في المشترك فقد أوضحه الإمام عليه السلام بقوله:

(302/2)

[تبعيض العتق وسريانه]

حدثني زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي عليه السلام في عبد بين رجلين أعتقه أحدهما، قال: ((يقوم بالعدل فيضمن لشريكه حصته)).

قال في (التخريج):لم أجده عن علي عليه السلام بهذا السياق، وفي (تلخيص ابن حجر) في (كتاب العتق): من أعتق شركاً له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة عدل، فأعطى شركائه حصصهم، وعتق عليه العبد، وإلا فقد عتق منه ما عتق.

وفي رواية: من أعتق شركاً في عبد عتق ما بقي في ماله إذا كان له مال يبلغ قيمة العبد فهو عتق، متفق عليه بهذه الألفاظ كلها وزيادة . انتهى.

قلت: وفي لفظ أبي داود: حدثنا الشعبي، عن مالك، عن نافع، عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال: ((من أعتق شركاً له في مملوك أقيم عليه قيمة العدل فأعطى شركائه حصصهم، وأعتق عليه العبد، وإلا فقد أعتق منه ما عتق)) .

وأخرج الشيخان في صحيحيهما: ثنا مومل قال: ثنا إسماعيل، عن أيوب، عن نافع، عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم بمعناه قال أبو داود: وكان نافع ربما قال: فقد عتق منه ما عتق، وربما لم يقله .

وأخرج ـ أيضاً ـ: حدثنا سليمان بن داود، نا حماد، عن أيوب، عن نافع، عن ابن عمر، عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم بهذا الحديث قال أيوب: فلا أدري هو في الحديث عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أو شيء قاله نافع، وإلا فقد عتق منه ما عتق. انتهى .

(303/2)

وخبر المجموع بلفظه في (بلوغ المرام) وقال: متفق عليه عند الشيخين من طريق ابن عمر، وذكره في (المنهاج الجلي) بلاغاً، بلفظ: وروينا عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم، ومن غير طريق الإمام: ((أن رجلاً أعتق شقصاً له من غلام، فأجاز النبي صلى الله عليه وآله وسلم عتقه ، وغرمه بقية ثمنه)).

وفي سنن الدارقطني: نا أبو عبد الله ـ محمد بن مخلد ـ نا محمد بن هارون أبو نشيط، نا أبو المغيره، نا عبد الرحمن بن زيد بن تميم، نا الزهري، عن نافع، عن ابن عمر قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: ((من كان له شريك في عبد أو أمة فأعتق نصيبه ، فإن عليه عتق ما بقي في العبد والأمة من حصص شركائه، يقام قيمة عدل، ويؤدى إلى شركائه قيمة حصصهم، ويعتق العبد والأمة إن كان في مال المعتق بقيمة حصص شركائه)) . انتهى.

وفي إسناده عبد الرحمن بن يزيد بن تميم السلمي وهو ضعيف كذا في (التقريب)، وأخرجه مسلم والنسائي من طريق ابن عمر وفي روايتهما عنه: ((قوم عليه في ماله قيمة عدل لا وكس ولا شطط)) .

ورواه البزار من طريق ابن عباس، وفي إسناده إبراهيم بن إسماعيل بن يحيى بن أمية ـ وهو ضعيف.

والوَكْس ـ بفتح الواو وسكون الكاف ـ: النقص، والشَطَط ـ بفتحتين ـ: الجور.

قوله: بالعَدل ـ بفتح العين ـ ضد الجور، أي لا زيادة فيه ولا نقص، وهو في الأصل مصدر، وجمعه (عدول).

(304/2)

وقوله: ((وإلا فقد عتق منه ما عتق)) بفتح العين في الأول ويجوز فتحها وضمها في الثاني، قاله الداودي، وتعقبه ابن التين، بأنه لم يقله غيره، وإنما يقال: عَتق ـ بالفتح ـ وأُعتق ـ بضم الهمزة ـ ولا يعرف عُتق بضم أوله، لأنه لازم.

وأخرج أبو داود: ثنا أحمد بن حنبل، نا سفيان، عن عمرو [بن دينار]، عن سالم، عن أبيه يبلغ به النبي صلى الله عليه وآله وسلم: إذا كان العبد بين اثنين فأعتق أحدهما نصيبه، فإن كان مؤسراً يقوم عليه قيمةً لا وكس ولا شطط [ثم يعتق]. انتهى .

أي لا نقص، ولا جور، ولا ظلم، وفي الباب عن إسماعيل بن أمية، عن أبيه، عن جده، عند الطبراني، وعن سعيد بن المسيب في (مجمع الزوائد) قال: حفظنا عن ثلاثين من أصحاب النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال: ((من أعتق شقصاً في مملوك ضمن قيمته)) .

رواه أحمد، وفي إسناده الحجاج بن أرطأة، قال ابن حزم: هالك، وبقية رجاله رجال الصحيح.

وعن جابر بن عبد الله، عند الطبراني في (الأوسط)، وفي إسناده إسحاق بن يحيى المروزي وهو ضعيف، وعن عائشة مرفوعاً مثله عند الطبراني في (الأوسط) أيضاً وفي إسناده المثنى بن الصباح وهو ضعيف، وقد وثق وعن أبي هريرة وقتادة، وابن عمر كلهم عند أبي داود .. إلى غير ذلك.

ولا يضر ما في بعض أسانيدها من الضعف، لما في مجموعها من القوة، ولقيام الحجة بخبر (المجموع) ولما في الصحيحين في حديث ابن عمر المذكور.

(305/2)

والحديث مأخوذ ومستفاد من الشواهد المذكورة، ولأنه ليس للإجتهاد فيه مسرح، وعجز الخبر ناطق بالحكم عما ذكرنا بأوله من السؤال، وإن لم يصرح به لفظ (المجموع) وهو يدل على نفوذ عتق الشريك لجميع العبد، لحصة المعتق، ولحصة شريكه.

ويدل ـ أيضاً ـ مع شواهده: أن عتق الشريك للعبد المشترك، ولو أعتق حصته أو دونها يسري العتق إلى جميعه، وعتق جميع العبد، وإن الشريك ليس له التصرف بملكه في العبد فيما بعد.

ويدل ـ أيضاً ـ على ضمان المعتق بقيمة جميع حصة شريكه في العبد ما يقومه العدل، وهو محمول على من كان مؤسراً، لما سيأتي عند الدارقطني، وأبي داود، وابن حزم، وغيرهم من طريق ابن عمر مرفوعاً، وظاهر الخبر خروج ملك الشريك في العبد، وأنه لا خيار للعبد، ولا للشريك، ولا للمعتق، بل ينفذ العتق إلى جميعه، ويصير حراً كله وإن كرهوا كلهم رعاية لحق الله تعالى.

وقد أشار إلى عموم أصناف المعتقين ذلك في (بلوغ المرام) وغيره، ولصريح حديث أبي المليح السالف ذكره، وسيأتي حديث أبي هريرة الآتي ذكره، ولو كانت حصة المعتق للعبد فيه يسيرة.

ومثل ذلك الأمة، لعدم الفارق بينهما بالذكورة والأنوثة عند الجمهور وخالف إسحاق بن راهوية فقال: ((إن هذا الحكم ـ أي الحكم بعتق الرقبة المشتركة ـ يختص بالذكور)).

وفي (منحة الغفار) لليسد الأمير قال ابن إسحاق: ((أن هذا الحكم مختص بالذكور؛ لأن لفظ (عبد) كما قال القرطبي للمملوك الذكر)) وخالفه الجمهور.

(306/2)

أما لأن لفظ (عبد) يراد به الجنس، كقوله تعالى: {إِنْ كُلُّ مَنْ فِي السَّمَاوَاتِ وَالأَرْضِ إِلاَّ آتِي الرَّحْمَنِ عَبْدًا }[مريم:93] فإنه يتناول الذكر والأنثى قطعاً.

وأما على طريق الإلحاق، فلعدم الفارق بينهما، وقد جاء التصريح بذكر الأمة فيما تقدم عن الدارقطني من حديث ابن عمر يرفعه: ((من كان له شريك في عبد أو أمة ..)) الحديث . قال الحافظ: ((وهذا أصرح ما وجدت في ذلك)). انتهى.

قال النووي: قول إسحاق شاذ، وادعى ابن حزم أن لفظ (العبد) في اللغة يتناول الأمة، قال في (المنحة): ((وفيه نظر، ولعله أراد المملوك)).

قال ابن دقيق العيد: ((على شرح "من أعتق شقصاً في مملوك .." يعم الذكر والأنثى معاً، بخلاف الرواية الأخرى في (عبد) على أن بعض الناس ادعى أن لفظ (العبد) يتناول الذكر والأنثى، ونقل (عبداً) أو (عبدة) وهذا إلى خلاف مراده أقرب منه إلى مراده، على أنه قد يتعسف متعسف، ولا يرى أن لفظ المملوك يتناول المملوكة)) ـ انتهى.

والجمع بين العبد والأمة في حديث ابن عمر المذكور يقوى عدم الفارق بينهما، وقد قال إمام الحرمين: ((إدراك كون الأمة في هذا الحكم كالعبد حاصل للسامع قبل التفطن بوجه الجمع والفرق)).

ودل الخبر . أيضاً . أن العتق لا يتجزأ، مؤسراً كان المعتق أو معسراً، وقد تقرر الإختلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه في تجزئ الإعتاق وعدمه، فهما يقولان: لا يتجزأ مطلقاً إن للإعتاق إثبات العتق والعتق لا يتجزأ، فكذا الإعتاق.

(307/2)

وأبو حنيفة يقول: الإعتاق: إزالة الملك، إذ ليس للمالك إلا إزالة حقه وهو الملك الذي يتجزأ مطلقاً، وأما إثبات العتق، أو إزالة الرق، فهما حكمان شرعيان لا يملكهما، والحكم عند إيسار المعتق التضمين، وعند إعساره للسعاية لا غير، وسيأتي.

وفي أحد أقوال الشافعي: ((يتجزأ فيما إذا أعتق عبداً مشتركاً وهو معسر)) . انتهى.

ومنطوق أدلة الباب ناطقة بثبوت السراية في العبد المشترك، وإلا فكتب اللغة ناطقة بأن (الحر) ضد (العبد) و(الحرية) ضد (العبدية) ولا يجتمع الضدان في بينة واحدة، فلا يتجزأ العتق فيما إذا أزال المالك في العبد ولو بعض ملكه بالعتق سرى إلى جميعه حكماً شرعياً.

ولعل أبا حنيفة لا يثبت السراية، وسيأتي له ما يخالف هذا، ولا خلاف بين من أثبت السراية في العبد المشترك في لزوم الضمان على المعتق لقيمة حصة شريكه.

والوجه في ذلك: أن المعتق قد استهلك نصيب شريكه حكماً، فوجب الضمان، وعد أهل الفروع هذا من الإستهلاكيات الحكمية، وما نص عليه الخبر من التقويم بالعدل أصل أصيل لباب سائر القيمات المستهلكة، مع بيان أن المعتبر في ضمان قيمتها بما قومه العدل سواء كان واحداً أو اثنين، وتعديل الشيء: تقويمه بالثمن.

هذا وقد اختلف العلماء في هذه المسألة إلى أربعة عشر قولاً، ذكرها ابن حزم وفي شرح (بلوغ المرام) للقاضي العلامة الحسن بن محمد المغربي، ذكر ستة أقوال، وكلها منحصرة فيما سنذكر:

(308/2)

الأول: قول أمير المؤمنين علي عليه السلام، وابن عباس، وابن عمر، وزيد بن علي، ومحمد بن منصور، وهوالصحيح من مذهب الشافعي، وبه قال ابن شبرمة، وسليمان بن يسار، وسعيد بن المسيب، والزهري، وأبو الزناد، والأوزاعي، والثوري، وبن أبي ليلى، وأبو يوسف، ومحمد بن الحسن، وأحمد بن حنبل، وإسحاق بن راهوية، وابن سيرين، وبعض المالكية، وهو مشهور من

مذهب مالك، وبه قال أهل الظاهر، وابن حزم، وهو قول قتادة، والثوري والحسن بن حي، والشعبي، والحسن، وحماد، وأبو حنيفة، وبه قالت الهادوية، ورجح للمذهب.
قال سليمان بن يسار: وهو السنة أنه يعتق كاملاً، سواء أعتقه ابتداء أو أعتق ملكه أو دون ملكه سرى العتق إلى ما بقي فيه ويقوم عليه نصيب الشريك أو شركائه بقيمة يوم الإعتاق.
قال ابن حزم، وغيره: قد ذكرنا عن ثلاثين من الصحابة من طريق سعيد بن منصور، وابن أبي شيبة، وعبد الرزاق، وابن وهب، والحاكم، والأمهات الست، وغيرها، وسيأتي ذكر ما بقي منها.
وولاه للمعتق مؤسراً كان أو معسراً وسعى العبد، إلا الحسن البصري، وحماد بن أبي سليمان، وسفيان الثوري، وابن أبي ليلى، فقالوا: ولاه للأول إن كان مؤسراً، وإلاّ فبينهما إن كان معسراً، وبه قال أحمد، وإسحاق، والأوزاعي، والليث، وأبو يوسف، ومحمد، والمختار الأول لحديث: ((الولاء لمن أعتق)) وقد تقدم.

(309/2)

ثم اختلف هؤلاء: متى يعتق؟ فالظاهر من مذهب مالك، وبه قال أهل الظاهر، وهو قول للشافعي في القديم، والمشهور عن المالكية، وقتادة: ((إنه لا يعتق إلا بدفع القيمة إلى من لم يعتق حقه)) وسيأتي لمالك: ((إنه يعتق بعد التقويم لا قبله)) وفي قول لقتادة: ((وهو عبد حتى يؤدي إلى من لم يعتق حقه)).
وفي قول الشافعي: ((إنه يتوقف، فإن أدى القيمة بأن حصول العتق من يوم الإعتاق وإلا بَانَ أنه لم يعتقه)).
ومن عداهم قالوا: ((يعتق بنفس الإعتاق)) أي حين يلفظ بعتقه، وهذا هو القول الجديد للشافعي، ورواية عن مالك، ويروي عن بعض المالكية، وبه قال أحمد، وإسحاق، والأوزاعي، والليث، وأبو يوسف، ومحمد، وفي رواية جرير بن حازم: ((عتق كله)) فكانت هذه زيادة لا يجوز تركها، فإذا أعتق كله فولاه للذي عتق عليه.
وحكمه في الميراث وغيره من الأحكام حكم الأحرار، وليس للشريك إلا المطالبة بقيمة نصيبه من المعتق إن كان مؤسراً، وإلا سعى العبد؛ لما سيأتي.
فلو أعسر المعتق بعد ذلك استمر نفوذ العتق، وكانت القيمة ديناً في ذمته، ولو مات أخذت من تركته، فإن لم يكن له تركة صاعت القيمة، واستمر عتق العبد.
إلا بن سيرين فقال: ((القيمة في بيت المال)) وهو مردود بقوله في حديث (المجموع):

((..فيضمن)) وبما في شواهده من التصريح بقوله: ((فيؤدي إلى شركائه قيمة حصصهم)) وبقوله: ((قوم عليه في ماله)) وبما سنذكره.

احتج مالك، وأهل الظاهر، ومن معهم بما أخرجه أبو داود، ومن طريق القعبني ، عن مالك، عن نافع، المذكور في شواهد الأصل، وفيه: ((وأعتق عليه العبد)) أي بعد دفع القيمة.

(310/2)

ومما احتج به مالك لما قاله آخراً بما أخرجه أبو داود السالف ذكره، وفيه: ((فإن كان معسراً يقوم عليه قيمة، لا وكس، ولا شطط، ثم يعتق)) . أي بعد التقويم ..

واحتج الجمهور بما في كلام (المجموع) بلفظ: ((فيضمن لشريكه حصته)) وبما في (الشواهد) بلفظ: ((فيؤدي إلى شركائه حصصهم)) وغيره من الأدلة الناطقة بلزوم التقويم والتضمين، وبما سيأتي، وكل ذلك أدلة على وقوع العتق؛ لأن الضمان لا يقع ولا يلزم إلا بعد نفوذ العتق وفي رواية أيوب: ((فهو عتيق)).

وروى الطحاوي من طريق ابن أبي ذؤيب ، عن نافع مرفوعاً، وفيه: ((..فكان للذي يعتق ما يبلغ ثمنه ، فهو عتيق كله)) . انتهى.

على أن ما ذكرنا من الأدلة الناطقه بالتقويم والضمان لا تكون إلا على المؤسر، كما قاله ابن عبد البر وغيره، والمؤسر: من يكون له مال يبلغ ثمنه ما قومه العدل لشريكه.

ولأحمد، وإسحاق: ((إن كان المعتق مؤسراً ضمن قيمته لا تباع له داره)) وزاد إسحاق: ((ولا خادمه)) قال ابن حزم: ((وسكتا عن المعسر، فما سمعنا عنهما فيه ولا لفظة)). انتهى.

ومن عداهما قالوا: ((لا يستثنى له شيئاً)) لما أخرجه الشيخان من طريق ابن عمر، وأبي هريرة، والدار قطني، وأحمد، المذكورة في الشواهد.

وأخرج الدارقطني ـ أيضاً ـ من طريق ابن عمر، أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال: ((من أعتق شركا له في عبد أقيم عليه قيمة عدل ، فأعطى شركائه، وعتق عليه إن كان موسراً، وإلا عتق عليه ما عتق، ورق ما بقي)) وأخرجه أبو داود من طريق ابن عمر مرفوعاً بلفظه، من دون قوله: ((ورق ما بقي)) .

(311/2)

وأخرج ابن حزم وأبو داود وكلاهما من طريق نافع عن ابن عمر قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: ((من أعتق شقصاً من مملوكه فعليه عتقه كله إن كان له مال يبلغ ثمنه، فإن لم يكن له عتق منه نصيبه)) .

ومدار الخبر على ابن عمر، وحديث نافع متفق عليه قد روي بألفاظ مختلفة عند الطحاوي، ومن ذكرنا من أئمة الحديث، من طريق أبي إسحاق، عن نافع، عن ابن عمر، وقال فيه: حمل عليه ما بقي حتى يعتق كله، ويؤيد ما ذكرنا فيمن كان موسراً حديث أبي هريرة عند الشيخين عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم، أنه قال: ((من أعتق شقصاً من مملوك فعليه خلاصه كله)) .

وأخرجه الترمذي، وابن ماجه ، وأحمد بن حنبل ، وأخرج أبو داود من طريق محمد بن المثنى قال: نا محمد بن جعفر، ح ونا أحمد بن علي بن سويد قال: نا روح، قال: نا شعبة، عن قتادة، بإسناده عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: ((من أعتق مملوكاً بينه وبين آخر فعليه خلاصه)) وهذا لفظ ابن سويد .

وأخرج أبو داود ـ أيضاً ـ: ثنا علي بن عبد الله، قال: ثنا محمد بن بشير، وهذا لفظه: عن سعيد بن أبي عروبة، عن قتادة، عن النضر بن أنس، عن بشير بن نهيك، عن أبي هريرة، عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: ((من أعتق شقصاً [له] أو شقيصاً له في مملوك فخلاصه عليه في ماله إن كان له مال، فإن لم يكن له مال قوم عليه العبد قيمة عدل، ثم استسعي لصاحبه في قيمته، غير مشقوق عليه)) .

(312/2)

وهذه الأدلة الناطقه بقوله: ((أقيم عليه قيمة عدل)) وقوله: ((فعليه خالصه كله)) وقوله: ((وخلاصهُ من ماله))، وما أدى لفظها أو معناها مبينة لحديث (المجموع) بتضمين المعتق لقيمة حصة شريكه بما يقومه العدل أن كان موسراً.

وبيّن حديث أبي هريرة المذكور عند أبي داود، بقوله: ((فخلاصه عليه من ماله)): إن الموسر من كان له مال يبلغ ثمنه بتقويم العدل حصة شريكه، كما هو صريح حديث أبي عمر، عند ابن حزم، ليتم خلاص العبد من الرق من مال المعتق على نفوذ حصة الشريك بالسراية، فليس للشريك التصرف بملكه فيما بعد، ولا خيار له، ولا للعبد، ولا للمعتق، ولو أعتق بعض ملكه سرى العتق إلى ما بقي من الملك مؤسراً كان أو معسراً؛ إذ لا يثبت له حق على نفسه، ولا على معتقه.

وهذه الأدلة حجة ـ أيضاً ـ على أبي حنيفة فيما قيل عنه: من أن المعتق إذا كان مؤسراً فالذي لم يعتق بالخيار إن شاء أعتق نصيبه، وإن شاء استسعى العبد، وإن شاء ضمن المعتق قيمة نصيبه، ثم يرجع المعتق بما دفع إلى شريكه على العبد يستسعه في ذلك.

وحديث أبي هريرة المذكور عند أبي داود، يدل على: ثبوت السعاية على العبد بتقويم العدل لحصة الشريك، إذا لم يكن للمعتق مال يبلغ ثمنه قيمة حصة الشريك.

وقد تقدم عند الدارقطني من طريق ابن عمر مرفوعاً، وأبي داود من طريق أبي هريرة مرفوعاً، وفيهما: ((إذا لم يكن له مال قوم عليه العبد قيمة عدل ثم استسعى العبد..)) .

(313/2)

وأخرج أبو داود، بلفظ حديث مسلم بن إبراهيم، قال: نا أبان [يعني العطار] قال: نا قتادة، عن النضر بن أنس، عن بشير بن نهيك، عن أبي هريرة، قال: قال النبي صلى الله عليه وآله وسلم: ((من أعتق شقيصاً في مملوكه فعليه أن يعتقه كله إن كان له مال، وإلا استعسى العبد غير مشقوق عليه)) .

قال أبو داود: ثنا محمد بن بشار، قال نا يحيى وابن أبي عدي، عن سعيد بإسناده ومعناه.

قال أبو داود: رواه روح بن عبادة، عن سعيد بن أبي عروبة، لم يذكر السعاية.

ورواه جرير بن حازم، وموسى بن خلف، جميعاً عن قتادة، بإسناد يزيد بن زريع ومعناه، وذكر فيه السعاية ـ انتهى.

فهذه الأدلة وما أدى لفظها أو معناها ناطقة بلزوم السعاية على العبد إذا لم يكن للمالك مال يبلغ ثمنه حصة شريكه.

(314/2)

فإن قيل: إن لفظ: ((فعليه خلاصه عند الشيخين)) وأبي داود، والترمذي، وابن ماجه، وأحمد بن حنبل، تدل على عدم استسعى العبد، مع دلالة لفظ حديث (المجموع) بقوله: ((فيضمن لشريكه حصته)) ولما أخرجه النسائي مرفوعاً، بلفظ: ((من أعتق عبداً، وله فيه شركاء وله وفا فهو حر، ويضمن نصيب شركائه بقيمة بما أساء من مشاركتهم، وليس على العبد شيء)) ما يشعر أنه لا يسري بنفس العتق، لأنه قد تخلص على هذا التقدير لاَ بنفس العتق، واللفظ يشعر باستقبال خلاصه كله، فلفظه كله في الخبر، يراد به الكل من حيث هو دال على الكل

المجموعي؛ لأن بعضه قد يخلص بالعتق للشريك، والذي يخلصه كله من حيث هو كل قيمة العتق، لأن الشريك لو أعتق نصيبه ونفذه فقد خلص، ومع ذلك لم يحصل الوفاء يكون العتق الأول خلصه من ماله، فيرد عليه لفظ الحديث بعدم اعتبار التقويم، وإن المعتبر هو خلاصةُ من ماله.

فقد أجيب: بأنه يُقدر محذوف بأن يقال: ((فعليه عوض خلاصةُ)) أو ما يقارب ذلك، وبما ذكرنا استقام الاحتجاج بسراية عتق الأول إلى جميع العبد.

وبيان ذلك: أن من شرط عدم صحة عتق الشريك بعد عتق الأول هو ما وقع من السراية بنفس العتق إلى المعتق الأول لجميع العبد، فاستقام لهم الاحتجاج: إن الشريك ليس له أن يعتق بعد عتق الأول.

(315/2)

وبقي النظر في الترجيح بين هذه الأدلة، وبين دلالة قوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((يقوم بالعدل)) وما في لفظ بعض الشواهد بقوله: ((قوم عليه قيمة عدل)) وقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((لا وكس، ولا شطط ، ثم يعتق)) فإن ظاهرها ترتيب العتق على التقويم، أو على إعطاء الثمن، فأي الدليلين كان أظهر عمل به.

والذي يظهر ـ والله أعلم ـ إن قوله في حديث (المجموع): ((..يقوم بالعدل)) وما في بعض (الشواهد): ((قوم عليه قيمة عدل)) إن كل ذلك قيد للضمان لا للعتق، وسر ذلك الدلالة على وجوب تقويم العبد يوم الإعتاق على أن كله عبد، ولا يقوم بعيب العتق، قاله اصبغ وغيره، وكل ذلك فيمن له مال؛ لما في الخبر بلفظ: ((فعليه خلاصه كله من ماله)) وفي قوله: ((وله وفاء فهو حر)) وحديث (المجموع): ((وإن كان مطلقاً فمقيد بمن كان له مال يف بذلك)).

فإن لم يكن له مال وجبت السعاية على العبد غير مشقوق عليه، لصريح ما تقدم.

وقد اختلف في ذلك وأحسن ما قيل في ذلك.

ما ذكره الحافظ ابن حجر في (فتح الباري): ((بأن يكلف الإكتساب حتى يحصل قيمة نصيب الشريك)) .

وقيل: إنه يخدم العبد الشريك بقدر ماله فيه من الملك.

والذي اختاره جمهور الصحابة، والتابعين، ودلت عليه صرائح الأدلة:

أن يسعى العبد بلا تشديد عليه في الإكتساب، حتى يحصل قيمة نصيب الشريك ما يقومه

العدل؛ لصرائح الأدلة المذكورة، وبه قال أبو حنيفة وصاحبيه، والهادوية، ورجح للمذهب، وقال به الأوزاعي، وابن شبرمة، وابن أبي ليلى، وسائر الكوفيين.

(316/2)

قال إسحاق بن راهوية: ((ويعتق جميعه ساعة تلفظ به)) وبه قال سفيان الثوري، والحسن بن حي، وقال سليمان بن يسار: ((وهو السنة)) ويروي عن ثلاثين من الصحابة ويروي عن ابن عمر، وبعضه عن عمر، وهو قول سعيد بن المسيب، والزهري، وأبو الزناد، والنخعي، والشعبي، والحسن البصري، وحماد، وقتادة، وابن جريح، وغيرهم.

وجعلوا الولاء كله للأول كما تقدم، والخلاف لمن تقدم ذكره.

وما أخرجه عبد الرزاق، عن ابن جريح، عن عبد الله بن أبي يزيد: ((إذا أعتق شركاً له في عبد وهو مفلس، فأراد العبد أخذ نفسه فهو أولى بذلك)) . انتهى . مردود بمنطوق الأدلة القاضية بوجوب السعاية على العبد مع إفلاس المعتق للشقص ولو أبا العبد.

وخالف في السعاية على العبد مع إعسار السيد: أحمد، ومالك، والشافعي، فقالوا: ((إذا لم يكن للسيد مال أعتق من العبد ما عتق، ولا يستسعى العبد)) قال الترمذي: وهذا قول أهل المدينة.

واحتجوا بحديث ابن عمر المذكور في شواهد الخبر والذي قبله، وفيه: ((فكان له مال يبلغ ثمن العبد ..)) إلى أن قال: ((وإلا فقد عتق منه ما عتق)).

وما تقدم عن (المنهاج الجلي) بلاغاً، فأجاز النبي عتقه وغرمه بقية الثمن، وفيما تقدم عند الطبراني، وفي (مجمع الزوائد) مرفوعاً، وفيه: ((ومن أعتق شقصاً في مملوك ضمن قيمته)).

وما في خبر (المجموع): بتضمينه لشريكه حصته، وتقدم عند الشيخين من حديث أبي هريرة مرفوعاً، وفيه: ((فعليه خلاصه كله)) ولم تذكر فيها السعاية على العبد في حصة الشريك مع إعسار المعتق.

(317/2)

وعند هؤلاء: أنه يتجزأ العتق ويصح تبعيضه، فيبقى نصيب الشريك على حكمه رقاً، وهم المشار إليهم في دلالة خبر الباب بلفظ من سيأتي.

واحتجوا بما سلف ذكره عند الدارقطني من طريق ابن عمر مرفوعاً، وفيه: ((إن كان موسراً،

وإلا عتق منه ما عتق ، ورق ما بقي)) وأخرجه أبو داود من طريق ابن عمر بلفظه من دون قوله: ((ورق ما بقي))، وعند [ابن حزم] وأبي داود من طريق ابن عمر مرفوعاً، وفيه: ((إن كان له مال يبلغ ثمنه فإن لم يكن له عتق منه نصيبه)).

قال ابن حزم: على ثبوت الإستسعاء ثلاثون صحابياً، وقوله: ((عتق منه ما عتق)) لم تصح هذه الزيادة عن ثقة، أنه من قول رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم، وقد يستعمل (عتق) مقام (أعتق).

وبه أخذ مالك ومن معه إذا كان المعتق معسراً ونصيب الشريك رقيقاً، فلا يكلف العبد إعتاقه، ولا يستسعى العبد، وليس لمن خالف في السعاية حجة، وأدلة السعاية تحجهم.

وعند أبي حنيفة، والجمهور: إن العبد في مدة السعاية كالمكاتب، فليس له الرجوع بما سعى للشريك على الأول، وقال ابن أبي ليلى، وابن شبرمة يرجع على الأول بما سعى، وحجتهما أنه غرم لحقه بسببه فيرجع عليه بما يسعى.

الثاني: مذهب زفر بن الهذيل وبعض البصريين: إنه يقوم على المعتق مؤسراً كان أو معسراً، ويؤدي القيمة متى أيسر مع الإعسار، ويعتق العبد.

ويروى عن ابن مسعود من طريق ابن أبي شيبة، وعن عمر، من طريق محمد بن سيرين عند ابن أبي شيبة.

(318/2)

قال ابن حزم: ولا يصح؛ لأن في الأول الحجاج بن أرطأة وهو هالك، والآخر مرسل، إلا أنه قد روي من طريق ابن أبي شيبة، نا محمد بن مبشر عن هشام بن عروة، عن أبيه في عبد بين اثنين أعتق أحدهما نصيبه، قال: ((هو ضامن لنصيبه)) .

الثالث: قول لمالك، ذكره ابن حزم، والمشهور عنه الأول، وقول للشافعي وأحمد، وأبو عبيد، وجمهور علماء الحجاز، قال الترمذي: وهو قول أهل المدينة.

ونسبه ابن حزم إلى عمرو بن دينار، والزهري، وربيعة في أحد قوليه، ورواه عن عمر، أنه ينفذ عتق من أعتق، ويبقى من لم يعتق على نصيبه يفعل به ما شاء.

وذكر ابن حزم بقية أقوال هذه المسألة:

فحكى عن القاضي أبي بكر بن العربي، عن بعض العلماء أنه: [إن] كان المعتق معسراً بطل عتقه في نصيبه، فيبقى العبد كله رقيقاً كما كان.

وقال ربيعة: من أعتق حصته من عبد بينه وبين آخر لم ينفذ عتقه.

وروي بالسند إلى يونس بن يزيد، عن ربيعة، قال يونس: سألته عن عبد بين اثنين فأعتق أحدهما نصيبه من العبد؟ فقال ربيعة: عتقه مردود، ولم يخص بذلك فيمن أعتق بإذن شريكه، أو بغير إذنه.

وروى ذلك عنه الطحاوي، عن أحمد بن أبي عمران، عن محمد بن سماعة، عن أبي يوسف: أن ربيعة قال له ذلك.

قال في شرح (بلوغ المرام): ((وهو مذهب باطل مخالف للأحاديث الصحيحة كلها)) . انتهى.

وحكى الإمام المهدي: إن خلافه إنما هو في نصيب الشريك، سواء كان مؤسراً أو معسراً، ولعله تأويل لقوله: وأما نصيب الشريك: وفي (المحلى) لابن حزم، عن ربيعة ما يخالف ما قال.

(319/2)

ولفظه ومن طريق ابن وهب، عن عقبة بن نافع، عن ربيعة: في عبد بين ثلاثة أعتق أحدهم نصيبه، وكاتب الآخر نصيبه، وتمسك الآخر بالرق، ثم مات العبد، فإن الذي كاتب يرد ما أخذ منه، ويكون جميع ما ترك بينه وبين الذي تمسك بالرق يقتسمانه . انتهى.

وهذا يدل على نفود عتق الأول لنصيبه، ومن لم يعتق باق على نصيبه يفعل به ماشاء، ولعل هذا قول ثان لربيعة كما ذكرنا في الثالث.

وذكر عن مالك: من أعتق شركاً له في عبد أو أمة، فإن كان مؤسراً قوم عليه حصص شركائه وأغرمها لهم وأعتق بعد التقويم لا قبله، وإن شاء الشريك أن يعتق حصته فله ذلك، ليس له أن يمسكه رقيقاً، ولا أن يكاتبه، ولا أن يبيعه، ولا أن يدبره، فإن غفل عن التقويم حتى مات المعتق أو العبد بطل التقويم، وماله كله لمن تمسك بالرق، فإن كان الذي أعتق معسراً فقد أعتق منه ما أعتق، والباقي رقيق يبيعه الذي هو له إن شاء، أو يمسكه رقيقاً، أو يكاتبه، أو يهبه، أو يدبره، وسواء أيسر المعتق بعد العتق، أو لم يؤسر.

قال: وإن كان عبداً أو أمة بين ثلاثة فاعتق أحدهم نصيبه وهو معسر ثم أعتق الآخر وهو مؤسر لم يقوم عليه ولا على الذي أعتق أولا، وبقي الثالث بحسبه، فإن كان كلاهما مؤسراً قوم على الذي أعتق أولاً فقط، فلو أعتق اثنان وكانا غنيين قومت حصة الباقي عليهما، فمرة قال: نصفين، ومرة قال: على قدر حصصهما، فإن كان أحدهما غائباً لم ينتظر لكن يقوم على الحاضر . انتهى.

(320/2)

قال ابن حزم: وما نعلم هذا القول لأحد قبله، وتعلق مالك بحديث ناقص، وقد جاء غيره بزيادة عليه، وذكر عن عطاء أنه قال: ((إذا أعتق أحد الشريكين نصيبه استسعى العبد، سواء كان العبد مؤسراً أو معسراً)).

كما روي من طريق عبد الرزاق، عن ابن جريج عن عطاء، قال: ابن جريج: هذا الأول قول عطاء، ثم رجع عنه إلى ما ذكرنا عنه أولاً.

وعن ابن سيرين: في عبد بين اثنين أعتق أحدهما نصيبه، إن باقيه يعتق من بيت مال المسلمين.

وذكر ـ أيضاً ـ مذهب أبي حنيفة: إن للشريك الخيار إن شاء أعتق نصيبه والولاء بينهما، وإن شاء استسعى العبد في قيمة حصته، فإن أداها العبد والولاء بينهما، وسواء كان في كلا الأمرين معسراً أو مؤسراً.

وله إن كان معسراً خيار ثالث، وهو: إن شاء ضمن للمعتق قيمة حصته ويرجع المعتق المضمن على العبد بما ضمنه شريكه الذي لم يعتق، فإن أداها العبد عتق، والولاء للذي أعتق حصته فقط، فإن أعتق أم ولد بينه وبين آخر فلا ضمان عليه لشريكه مؤسراً كان المعتق أو معسراً ..

إلى أن قال ـ أي ابن حزم ـ: ولا نعلم أحداً من أهل الإسلام سبقه إلى هذا التقسيم بين المؤسر والمعسر، ولا نعلم أحداً من أصحابه تبعه عليه إلا المتأخرين في أزمانهم وأديانهم، ولم يتعلق أبو حنيفة بشيء أصلاً.

إلا أنهم في حال السعاية أقاسوه على المكاتب، والمكاتب قد يعجز فيرق، ولا يرق عندهم المستسعى ـ وأيضاً ـ فلا يوجد في شيء من الآثار خيار في تضمين المؤسر أو ترك تضمينه، ولا رجوع المؤسر على العبد، ولا تضمين العبد في حال يسار الذي أعتقه أصلاً ..

إلى أن قال: ومذهب عثمان البتي: إنه لا شيء على المعتق، إلا أن يكون جارية رائعة تلتمس للوطء، فيضمن ما أدخل على شريكه فيها من الضرر، وظاهر كلامه: إنه لا فرق بين المعسر والمؤسر، وهو باطل للأحاديث الصحيحه.

وقال النووي: ((قول عثمان فاسد)).

قال ابن حزم ـ أيضاً ـ: لا دليل عليه، واستدلاله فاسد؛ لأن الضرر الداخل عليهم بالشركة المانعة من الوطء هو بعينه، ولا زيادة داخل عليهم في عتق بعضها ولا فرق، وكلتاهما يمكن أن تتزوج، ولا فرق، فبطل هذا القول.

وقال سفيان الثوري، والليث: إن شريكه بالخيار إن شاء أعتق، وإن شاء ضمن المعتق، وفي القصار حتى يبلغوا، فإن أحبوا أن يعتقوا أعتقوا، وإن أحبوا أن يضمن لهم ضمن.

واحتجا برواية ذلك عن عمر، من طريق عبد الرزاق، عن معمر، عن أبي حمزة، عن النخعي: إن رجلاً أعتق شركاً له في عبد، وله شركاء يتامى، فقال عمر بن الخطاب: ((ينتظر عنهم حتى يبلغوا، فإن أحبوا أن يعتقوا أعتقوا، وإن أحبوا أن يضمن لهم ضمن)) ولا يصح رواية ذلك عن عمر.

كما هو من طريق عبد الرزاق، عن معمر، عن ميمون بن حمزة، عن النخعي، عن عمر، لأن ابن حمزة ليس بشيء، والنخعي لم يولد إلا بعد موت عمر.

وفي أحد قولي الشافعي: إذا كان الذي أعتقه مؤسر قوم عليه حصة من شركه، وهو حر حين عتق الذي أعتق نصيبه، وليس لمن شركه أن يعتقوا، ولا أن يمسكوا، فإن كان المعتق معسراً فقد عتق ما عتق، وبقي سائره مملوكاً يتصرف به مالكه كما يشاء.

احتج الأولون بما تقدم من الأدلة المرفوعة من طريق ابن عمر، عند البخاري، ومسلم، وأبي داود، والدار قطني، والطحاوي.

(322/2)

ومن طريق أبي هريرة عند الترمذي، وابن ماجة، والشيخين، وأحمد بن حنبل، وأبي داود، وأخرج البخاري - أيضاً - في ((صحيحه)):

قال: أخبرنا أحمد بن أبي رجاء، وأبو النعمان - هو محمد بن الفضل - قال أحمد: نا يحيى بن آدم، نا جرير بن حازم: سمعت قتادة، وقال: أبو النعمان، نا جرير بن حازم، عن قتادة، ثم اتفقا عن النضر بن أنس، عن بشير بن نهيك، عن أبي هريرة، عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: ((من أعتق شقصاً في عبد عتق كله إن كان له مال، وإلا استسعى العبد غير مشقوق عليه)) .

وقد سمع قتادة هذا الخبر من النضر بن أنس كما روي من طريق أحمد بن سعيد، أنا محمد بن عبد الله بن المبارك - أبو هشام - نا أبان ابن يزيد القطان، نا قتادة، نا النضر بن أنس .. إلى آخر لفظ السند مرفوعاً، ولفظ الخبر: ((من أعتق شقصاً له من عبد ، فإن عليه أن يعتق بقيته إن كان له مال، وإلا استسعى العبد غير مشقوق عليه)) .

وأخرج مسلم في (صحيحه):

نا عمرو الناقد، وإسماعيل - هو ابن علية - كلاهما عن سعيد بن أبي عروبة، عن قتادة .. إلى

آخر لفظ الإسناد مرفوعاً، ولفظ الخبر: ((من أعتق شقصاً له في عبد فخلاصهُ في ماله إن كان له مال، فإن لم يكن له مال استسعي العبد غير مشقوق عليه)) .

وأخرج أبو داود في (سننه) قال: نا مسلم . هو ابن إبراهيم . نا أبان هو ابن يزيد القطان .. إلى آخر إسناد أحمد بن سعيد المذكور، مرفوعاً، ولفظ الخبر: ((من أعتق شقصاً له في مملوك فعليه عتقه كله إن كان له مال، وإلا استسعى العبد غير مشقوق عليه)) انتهى.

(323/2)

وذكره في (العمدة) من طريق أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم، قال: ((من أعتق شقصاً له في مملوك فعليه خلاصهُ كله من ماله، فإن لم يكن له مال قوم المملوك قيمة عدل، ثم استسعى العبد غير مشقوق عليه)) . انتهى.

وأخرجه البخاري من وجوه وطرق مختلفة، ومسلم، وأبو داود، والترمذي، وابن ماجة، والإمام أحمد بن حنبل.

وأخرجه ابن حزم من أربع طرق، كلها من طريق سعيد بن منصور، عن المسيب، ومن طريق الطحاوي، عن ابن يسار، وابن أبي ليلى، وأبي الزناد، عن عمر وغيره، ومن طريق بن أبي شيبة، عن النخعي وغيره.

وأخرج عبد الرزاق، عن حماد وابن جريج وغيرهما، ومن طريق ابن وهب، عن الزهري، وعن غيره من طريق عمر، ومن طريق أبي هريرة، والطبراني، من حديث جابر، والبيهقي من حديث رجل من بني عذرة: ((إن رجلاً منهم أعتق مملوكاً له عند موته وليس له مال غيره، فأعتق رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ثلثه ، وأمره أن يسعى في الثلثين)) . انتهى.

وسيأتي في الوصية بالثلث ما يؤيد هذه الأدلة بثبوت السعاية، وكل هذه الأدلة ناطقة بوجوب السعاية على العبد إذا كان المعتق معسراً.

قوله: ((غير مشقوق عليه)): تقدم تفسيره، وهو مقيد لمطلق أدلة السعاية . أي لا يكلفه السيد الأجر ولا غيره من السعاية في قيمة نصيب شريكه فوق ما يطيقه ولا فوق قيمة حصته من الرق فيشق عليه.

والمعتبر في ذلك الإجتهاد، والعمل بالظن، ذكره ابن دقيق العيد.

(324/2)

واحتج أهل القول الثاني بما تقدم من طريق ابن عمر عند النسائي، وبما أخرجه ابن حزم من طريق أحمد بن شعيب: أنا عمرو بن عثمان، نا الوليد بن مسلم، عن حفص بن غيلان، عن سليمان بن موسى، عن نافع وعطاء، قال: نا نافع عن ابن عمر، وقال عطاء عن جابر، ثم اتفق جابر وابن عمر عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال: ((من أعتق عبداً وله فيه شركاء وله وفاء فهو حر، ويضمن نصيب شركائه بقيمته لما أساء من مشاركتهم وليس على العبد شيء)) .

قال ابن حزم: وبما روى من طريق سعيد بن منصور، نا [ثنا] هشيم، نا [أنا] يحيى بن سعيد الأنصاري، عن نافع، عن ابن عمر، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: ((أيما رجل كان له نصيب في عبد فأعتق نصيبه فعليه أن يكمل عتقه بقيمة عدل)) .

وأخرج ـ أيضاً ـ من طريق شعبة، عن قتادة، عن النضر بن أنس، عن بشير بن نهيك، عن أبي هريرة، عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: أنه قال في المملوك بين الرجلين فيعتق أحدهما قال: ((يضمن وعليه خلاصه)) . انتهى.

ومن حججهم: حديث: الرجل الذي أعتق ستة مماليك عند موته فجزاهم رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ثلاثة أجزاء ثم أقرع بينهم ، فأعتق اثنين، وأرق أربعة، أخرجه أحمد وأبو داود ، والنسائي من حديث أبي زيد الأنصاري.

ووجه الدلالة منه: إن الإستسعاء لو كان مشروعاً لنجز في كل واحد منهم عتق ثلثه، واستسعى في بقية قيمته لورثة الميت.

(325/2)

واحتج أهل القول الثالث بما أخرجه ابن حزم من طريق أحمد بن شعيب، أنا أحمد بن عبدالله بن عبد الحكم، نا محمد بن جعفر غندر، نا شعبة، عن خالد الحذا عن أبي بشر ـ هو الوليد بن مسلم العنبري ـ عن أبي التلب ـ هو بالتاء الفوقانية ـ عن أبيه: ((إن رجلاً أعتق شقصاً له من مملوك فلم يضمنه رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم)) انتهى.

وسيأتي ذكره قريباً عند أبي داود وبخبر ابن عمر السالف ذكره مرفوعاً وفيه وإلا فقد عتق منه ما عتق.

وأخرجه مسلم، وأبو داود، والنسائي، والترمذي، وابن ماجة، والإمام أحمد بن حنبل،

وللحديث روايات كثيرة بينها الإمام مجد الدين في كتابه (منتقى الأخبار) وتعرض لها الشارح ـ رحمه الله ..

وذكره في (عمدة الأحكام) وأخرج ابن حزم ـ أيضاً ـ من طريق ابن أبي شيبة، وسعيد بن منصور، قالا جميعاً: نا أبو معاوية ـ هو محمد بن حزم الضرير ـ عن الأعمش، عن إبراهيم بن عبد الرحمن بن يزيد، قال:

كان بيني وبين الأسود وأمنا غلام شهد القادسية، وأبلى فيها، فأرادوا عتقه، وكنت صغيراً فذكر [ذلك] الأسود لعمر، فقال [عمر]: أعتقوا أنتم، ويكون عبد الرحمن على نصيبه حتى يرغب في مثل ما رغبتم فيه أو يأخذ نصيبه .

قال سعيد بن منصور: مكان (أعتقوا أنتم) (أعتقوا إن شئتم) لم يختلفوا في غير ذلك.

(326/2)

وهذا إسناد كالذهب المحض، ولا يعارضه ما روي من طريق سعيد بن منصور، نا جرير، عن منصور، عن النخعي، عن الأسود، قال: كان لي ولأخوتي غلام أبلى يوم القادسية، فأردت عتقه لما صنع، فذكرت ذلك لعمر فقال: تفسد عليهم نصيبهم حتى يبلغوا، فإن رغبوا فيما رغبت فيه، وإلا لم تفسد عليهم نصيبهم ـ انتهى.

لأنه منقطع، ومن طريق عبد الرزاق، عن ابن جريج، قال، قلت لعطاء في عبدين شريكين أعتق أحدهما نصيبه فأراد الآخر أن يجلس على حقه من العبد وقال العبد: أنا أقضي قيمتي فقال عطاء، وعمرو بن دينار: سيده أحق بما بقي يجلس عليه إن شاء .

وأخرج ابن حزم ـ أيضاً ـ من طريق مسلم: نا محمد بن عبد الله بن نمير، نا أبي، نا عبيد الله بن عمر، عن نافع، عن ابن عمر قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: ((من أعتق شركاً له من مملوك فعليه عتقه كله، إن كان له مال يبلغ ثمنه، فإن لم يكن له مال عتق منه ما عتق))

.

قال ابن حزم: وهو خبر صحيح، إلا أنه قد جاء خبر آخر بزيادة لا يحل تركها، وقد أقدم بعضهم فزاد في هذا الخبر: ((ورق منه ما رق)) وهي موضوعة مكذوبة، ولا نعلم أحداً رواها لا ثقة ولا ضعيفاً، ولا يجوز الإشتغال بما هذه صفته ـ انتهى.

أجاب الأولون عن حجة القول الثاني: بأن حديث جابر، وابن عمر، إنما فيه حكم من له وفاء، ولم يذكر فيه حكم من لا وفاء عنده، فالحديث مختص بصورة اليسار، والسعاية إنما هي في صورة الإعتسار، وحفص بن غيلان لا يعرف، وأخلق به أن يكون مجهولاً لا يعتد به.

(327/2)

قاله ابن حزم، قال: وما بعده وإن كان صحيحين إلا أنه قد جاء خبر آخر بزيادة عليهما، والأخذ بالزيادة أولى، ولو لم يأت إلا هذان الخبران لما تعديناهما . انتهى.

قالوا: جنى على شركائه، فوجب تضمنه.

قال ابن حزم ما جنى شيئاً بل أحسن وتقرب إلى الله تعالى.

وأجابوا عن حديث الستة الذين أعتقهم الرجل عند موته: بأنها واقعة عين، فيحتمل أن تكون قبل مشروعية السعاية، ويحتمل أن تكون السعاية مشروعة في غير هذه الصورة.

وأجاب ابن حزم عن حجة الثالث: بأن حديث أحمد بن شعيب في إسناده ابن الثلب وهو مجهول، وقال: قال تعالى: {وَلاَ تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلاَّ عَلَيْهَا }[الأنعام: 164] ولا فرق بين عتق نصيبه، وبين بيع نصيبه.

قلنا نعم ولكن السنة أولى أن تتبع، وهو عليه الصلاة والسلام يفسر القرآن، قال تعالى: {لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ } [النحل: 44].

قالوا: لو ابتدى عتق نصيب شريكه لم ينفذ، فكذلك بل أحرى أن لا ينفذ إذا لم يعتقه، ولكن أعتق نصيب نفسه، وقد جاء ((لا عتق قبل ملك)) فقلنا: هذا كله كما ذكرتم، وكله لا يعارض النص عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: ((ولا تضرب السنة بعضها ببعض)).

(328/2)

وقالوا: لو أعتقا معاً لجاز، فصح أن كل واحد مالك لحقه، قلنا: نعم، وليس بمشبه لعتقه بعد عتق شريكه، لأن له أن يبيع مع عتق شريكه معاً وأن يهب، وليس له عند بعض من قال بهذا القول أن يبيع بعد عتق شريكه، ولا أن يهب له ذلك عند بعضهم، وكل هذا فيمكن أن يشغب به لو لم تأت السنة بخلاف ذلك، وأما وقد جاء ما يخص هذا كله فلا يحل خلاف أمر رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم . انتهى.

وحديث الأسود لو رأى عمر التضمين لم يكن فساداً لنصيبهم، وفي سنده محمد بن عمر بن سعيد بن العاص لم يدرك من حدثه فمنقطع.

ثم لو صح لكان ذلك على معهود الأصل، والأصل أن كل واحد أملك بماله، ثم نسخ ذلك بأمر رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بأن يعتق على المؤسر، ويستسعي إن كان مفسراً، فبطل بهذا الحكم ما كان قبل ذلك بلا شك.

قالوا: صح عن عمر، ولم يصح عن أحد من الصحابة خلافه.

قلنا: لا حجه في قول عمر، ثم هو محجوج بدلالة النصوص المذكورة، وبما روي عنه من

التضمين للمؤسر والسعاية في حق المعسر.
وأجاب الأولون . أيضاً . بأن حديث: ((وإلا فقد عتق منه ما عتق)) زيادة من كلام نافع لما رواه أيوب، قال: قال نافع: وإلا فقد عتق منه ما عتق ففصله من الحديث وجعله من قوله، وقال ابن وضاح: ليس هذا من كلام النبي صلى الله عليه وآله وسلم.
أجاب أهل القول الثالث: بما رواه مالك، وعبيد الله العمري، عن نافع موصولاً بكلام رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم، وجعلاه منه.

(329/2)

قال القاضي ابن العربي: وما قاله مالك، وعبيد الله أولى، وقد جوداه وهما في نافع أثبت من أيوب عند أهل هذا الشأن، كيف وقد شك أيوب رواي الحديث في هذه الزيادة المتعلقه بخبر المعسر هل هي موصوله مرفوعة؟ أو منقطعة؟
فقال: لا أدري هو من الحديث؟! أم شيء قاله نافع؟! ووافقه على الشك في هذه الزيادة يحيى بن سعيد بن قانع، عند مسلم والنسائي.
وقد بينها جرير بن حازم عند البخاري، وإسماعيل ابن أمية عند الدارقطني، وقد رجح الأئمة رواية من أثبت هذه الزيادة من قوله صلى الله عليه وآله وسلم.
قال الشافعي: لا أحسب عالماً في الحديث يتشكك في أن مالكاً أحفظ لحديث نافع من أيوب لملازمته حتى لو استويا، وشك أحدهما في شيء لم يشك فيه صاحبه، لأن الحجة من لم يشك أفاده الحافظ ابن حجر في (الفتح).
وذكره في (منحة الغفار) بلفظ: وكأنه لذلك سلم الشارح وتأوله بأن المراد أن لا غرم على المعتق، وقد نفذ العتق في نصيبه، ويستسعي العبد في قيمته، ويؤيد ذلك قول عثمان عند الدارمي، قلت لابن معين: مالك أحب إليك أو أيوب؟ قال: مالكاً.
وفي (المحلى) قال ابن جزم: وليس في قوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((..وإلا فقد عتق منه ما عتق)) دليل على حكم المعسر . أيضاً . وإنما هو مسكوت عنه في هذا الخبر، ولا شك في أنه عتق منه ما عتق وبقي حكم المعسر، فوجب طلبه من غير هذا الخبر.

(330/2)

على أنه قد قيل: إن لفظة: ((وإلا فقد عتق منه ما عتق)) إنما هو من كلام نافع، ولسنا نلتفت إلى هذا، لأنه دعوى بلا دليل، لكن ينبغي طلب الزيادة، فإذا وجدت صحيحة وجب الأخذ بها.. إلى أن قال: فوجدنا الحجة ما روينا من طريق مسلم بن الحجاج.

وذكر الحديث: ((من أعتق شقصاً ..)) المذكور سابقاً في حجج الأولين من أربع طرق، كلها من طريق أبي هريرة، ثم قال: وهذا الحديث في غاية الصحة فلا يجوز الخروج عن الزيادة التي فيه . انتهى.

أجاب . أهل القول الثالث . عن حجة الأولين:

بأن قوله: ((ثم استسعى العبد)) في حديث أبي هريرة قد جزم جماعة من العلماء إلى أنها مدرجة وليست في الحديث، قاله في (شرح بلوغ المرام) قال القاضي أبو بكر بن العربي: ((على أن ذكر الإستسعاء ليس من قول النبي صلى الله عليه وآله وسلم، وأنه من قول قتادة)). وفي (العلل) عن أحمد أنه ضعف برواية سعيد بن أبي عروبه في الإستسعاء، وضعفها . أيضاً . الأثرم عن سليمان بن حرب، واستند فائدة الإستسعاء: أن لا يدخل ضرراً على الشريك، قال: لأنه لو كان مشروعاً للزم إعطاؤه كل شهر درهمين، وفي ذلك غاية الضرر . انتهى.

قال النسائي: بلغني أن هماماً جعل الإستسعاء من كلام قتادة، وقال الإسماعيلي: ((مدرج من كلام قتادة)) وقال الخطابي، وابن المنذر: ((هما من فتيا قتادة)).

(331/2)

ورواه عن همام عبد الله بن يزيد المقري، وذكر الإستسعاء وفصلها عن الحديث، وأخرجه أبو داود من طريق همام، عن قتادة ولم يذكر الإستسعاء، وأخرجه الإسماعيلي، وابن المنذر، والدار قطني، والخطابي، والحاكم في (علوم الحديث) والبيهقي، والخطيب، والدار قطني، فهؤلاء جزموا بأنه مدرج، وروي من طريق شعبة، وهشام الدستوائي ولم يذكر وأما ذكره ابن أبي عروبة من الإستسعاء.

أجاب الأولون: بأن ابن أبي عروبة ثقة، فكيف وقد وافقه عليه جرير، وأبان، وهما ثبتان، فإن قيل: إن هماماً قال في الحديث: فكان قتادة يقول: إن لم يكن مال استسعى العبد.

قلنا: صدق همام، قاله قتادة مفتياً بما روى، وصدق ابن أبي عروبة، وجرير، وأبان، وموسى بن خلف، وغيرهم فأسندوه عن قتادة، ولو لم يصح حديث قتادة هذا فكان حديث ابن عمر وأبي هريرة بالتضمين جملة زائدة على ما تعلق به مالك من رواية نافع، فكان يقول: القول ما ذهب إليه زفر بن الهذيل، وهذا لا مخلص له عنه.

قال ابن حزم: وإلا فقد جزم بعض العلماء بأنه غير مدرج، وبين الحافظ ابن حجر في (الفتح) من قال بكل منهما ورجح عدم الإدراج بكلام مسهب مفيد، وابن دقيق العيد رجح الإدراج.

وروى حديث سعيد بن أبي عروبة، عن قتادة، وهو أعرف لحديث قتادة لكثرة ملازمته له، والأخذ عنه من همام وغيره، ورد بأن هشام وشعبة أحفظ من سعيد.

أجيب: بأنهما لم ينافيا ما رواه، وإنما اقتصرا من الحديث على بعضه، وليس المجلس متحداً حتى يتوقف في زيادة سعيد، ولهذا احتج البخاري ومسلم كون الجميع مرفوعان.

(332/2)

قال في (الفتح): ((وأما ما أعل به حديث سعيد من كونه اختلط أو تفرد به فمردود، لأنه في الصحيحين وغيرهما من رواية من سمع منه قبل الإختلاط، كيزيد بن زريع، ووافقه عليه أربعة لا نطيل بذكرهم، وهمام هو الذي تفرد بالتفصيل، وهو الذي خالف الجميع في القدر المتفق على رفعه فإنه جعله واقعة عين وهم جعلوه حكماً عاماً، فدل أنه لم يضبطه كما ينبغي)) .

واستظهر له البخاري برواية جرير بن حازم لمتابعته لينفي عنه التفرد، ثم أشار إلى أن غيرهما تابعهما، ثم قال: اختصره شعبة، وكأنه جواب لسؤال مقدر، تقديره: إن شعبة أحفظ الناس لحديث قتادة، فكيف لم يذكر الإستسعاء. فأجاب: بأنه اختصره فلا يؤثر ضعفاً فيمن رواه بتمامه.

والكثير أولى بالحفظ من الواحد، قال ابن المواق: والإنصاف أن لا يوهم الجماعة بقول واحد، مع احتمال أن يكون سمع قتادة يفتي به، فليس بين تحديثه مرة وفتياه أخرى منفاة، ويؤيده: إن البيهقي أخرج عن قتادة أنه أفتى به.

وقد جاء الإستسعاء في حديث جابر عند الطبراني، وما أخرجه البيهقي من حديث رجل من عذرة السالف ذكرهما.

(333/2)

أجاب ـ أهل القول الثالث ـ: بأنها معارضة بما أخرجه أبو داود من طريق ملقام بن التلب ـ هو بالتاء الفوقانية ـ عن أبيه: ((إن رجلاً أعتق نصيبه من مملوك فلم يضمنه النبي صلى الله عليه وآله وسلم)) ولحديث عِمْران بن حصين عند مسلم، وأحمد، والسبعة،، وابن عمر عند مسلم وغيره، ولحديث أبي زيد الأنصاري عند أحمد، وأبي داود، والنسائي بإسناد رجاله رجال

الصحيح: إن رجلاً أعتق ستة مملوكين له لم يكن له عند موته مال غيرهم، فدعاهم النبي صلى الله عليه وآله وسلم فجزأهم ثلاثاً، ثم أقرع بينهم، فأعتق اثنين، أرق أربعة، وقال له قولاً شديد، أو القول الشديد.

هو في رواية أحمد، وأبي داود، من حديث أبي زيد الأنصاري، وفيه: ((لو شهدت قبل أن يدفن لم يدفن في مقابر المسلمين)) . انتهى.

فلو كان الإستسعاء مشروعاً لنجز من كل واحد عتق ثلثه، وأمره بالسعاية في بقية قيمته كما هو مذهب الهادوية، وأبو حنيفة، فيمن التبس عتقه بعد تعيينه في القصد عم الأشخاص، ويسعون بحسب التحويل إن لم يفرط، قال المحقق المقبلي في (المنار): الأصل عدم السراية كسائر الأحكام من البيع والهبة والوقف، وغير ذلك فما ورد من السراية أقر مكانه.

وقد ثبت في حق الشريك الغني، وفي معناه المالك الواحد إذا كان غنياً، وعليه يحمل حديث: ((لا شريك لله)) إذ المالك الواحد في معنى المالكين فيما ذكر . انتهى.

(334/2)

وقالت الحنفية: إنه لا يعمل بهذا الحديث؛ لأنه آحادي خالف الأصول الثابتة بالتواتر؛ لأن السيد قد أوجب لكل واحد منهم العتق، فلو كان له مال لنفذ عتق الجميع بالإجماع، وإن كان معسراً أوجب أن ينفذ لكل واحد منهم بقدر الثلث الجائز فعل السيد فيه، ويسعى في باقي قيمته للورثة.

ورد: بأن قول الحنفية غير ثابت في الأصول مطلقاً، ولو أدخل ضرراً على الغير، وهذا يدخل الضرر على الورثة، وعلى العبيد، فإذا جمع العتق في أشخاص بأعيانهم حصل الوفاء بحق الوارث، والمعتق.

وفي (البحر) و(ضوء النهار): إن (حديث الأعبد) مخالف للأصول ليس بكلام صحيح.

وفي (المنحة): قال النووي: في (حديث الأعبد الستة) دلالة لمذهب مالك، والشافعي، وأحمد، وإسحاق، وابن جرير، والجمهور في إثبات القرعة في العتق، وقال في القرعة باطلة، ولا مدخل لها في ذلك، بل يعتق من كل قسطه، ويستسعي في الباقي، لأنها حظر . انتهى.

قال البدر الأمير: ((والعجب .. اقتصار الشارح على نسبه الخلاف إلى الشافعي وحده، ثم عدوله إلى الإستدلال بالقياس عن النص الوارد في محل النزاع)) .. إلى أن قال: ((بأنها واقعة عين، فيحتمل أن يكون قبل مشروعية الإستسعاء)). انتهى.

وهذا أحسن ما قيل في ذلك أو جعل حكمه في المرض حكم الوصية، فينفذ من الثلث، كما

ذهب إلى ذلك مالك، والشافعي، وأحمد، وغيرهم.
قال المحقق المقبلي في (الأبحاث المسددة) في هذا الحديث:

(335/2)

إنه يصح عتق المشاع، ولا يلزم أن يسري؛ لأنه نفذ تصرف المريض في ثلث الجميع لوقوع الوصية على الجميع، ويعلم منه صحة وقف المشاع، ثم يقسم؛ إذ ليس التنافي بين الوقف والملك بأكثر من التنافي بين الرق والحرية، فإن قلت: إن زعمت أن البعض أجزأ مستقلة منهم أشكل عليك قسمة هذه الأعبد في الحديث، ولندرة استوائها في القيمة، وإن زعمت تناول العتق والوقف لكل جزء أدى إلى الحكم على الحر، والوقف بالملك.
قلت: الظاهر إن كل شركة عامة للأجزاء، إذ التخصيص دعوى مجردة وتخصيص بلا مخصص، وبهذا يظهر بطلان قول من فرق بين المثلى والقيمي في الوقف، ومن فرق بينهما في القسمة - أيضاً - والتدقيق الذي سلكته.
جوابه: إذا جاء نهر الله بطل نهر معقل، فإذا جاء النص الصريح كما في هذا الحديث لم يبق للنظر الذي ذكرت مجال على أن نجاريك ونبطل ما ذكرت، وذلك أن الملك، والوقفية، والحرية، ليست أموراً ذاتية، ولا لازمة لذاتية، إنما هي أحكام تتعاقب على المحل تبعا لاعتبارات خارجية وهي الإعتبارات التي قلنا يحكم عندها بالحسن والقبح، وكذلك سائر الأحكام، والطريق إلى اجتماع تلك الإعتبارات خبر الشارع، بل ربما يكون أخباره تمام تلك الإعتبارات، وهي بدونه متثلمة - انتهى.
وفي ذيلها بلفظ:
قلت: في الحديث بيان أن حكم (العتق) في مرض الموت حكم (الوصايا) ينفذ من الثلث، وفيه إثبات القرعة في تميز العتق الشائع في الأعيان، وجمعه في بعضهم.

(336/2)

وقوله: فجزأهم ثلاثة أجزاء، يريد أنه جزأهم باعتبار القيمة دون عدد الرؤوس، إلا أن القيمة قد تساوت فيهم، فخرج عدد الرؤوس على مساواة القيمة، إذ عبيد أهل الحجاز إنما هم الزنوج والحبش، والقيمة قد تتساوى فيهم غالباً أو تقارب، كما قاله الخطابي.
وتعريف (العتق) في أجزاء العبيد يؤدي إلى الضرر بهم وبالورثة، وقالت الحنفية: يعتق من كل

واحد الثلث، ويسعى في ثلثيه للورثة ويعتق.
وروي هذا عن الشعبي، والنخعي، ولا يخفي أنه لا يطابق الحديث، فإنه قال: ((وأرق أربعة)) فإنه صريح في وقوع الرقية للأربعة والعتق لمن عداهم، وعلى القول: بأنه يعتق ثلث كل واحد، ويستسعي إبطال للحديث، لأنه لا يرق أحدهم ولا يعتق.
وقد قال قوم: هذا للعبيد، لأن السيد إنما قصد إيقاع العتق عليهم جميعاً، فلما منع حق الورثة من إستغراقهم وجب أن يقع الجائز منهم شائعاً فيهم لينال كل واحد حصته.
قال الخطابي: هذا قياس يرد السنة، وإذا قال صاحب الشريعة قولاً وحكم بحكم لم يجز الإعتراض عليه برأي ولا يقابله بأصل آخر، ويجب تقريره على حاله واتخاذه أصلاً في بابه. انتهى.
قال المحقق الشوكاني: ((فهذه القرعة فعلها رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في ستة أعبد قد وقع عتق المالك على كل واحد منهم، ثم لما لم ينفذ إلا الثلث كان كل واحد منهم قد عتق ثلثه بيقين، ثم حكم الصادق المصدوق بالقرعة، فأرق من أرق، وأعتق من أعتق على حسب ما يقضيه الإقراع بينهم، وهذا شرع واضح جاء به الذي جاءنا بما شرعه الله لنا..)) إلى أن قال: ((ولا سعاية)) وسيأتي بتمامه في (الوصايا) إن شاء الله.

(337/2)

ثم قال ابن حزم: وأما رجوع أحدهما على الآخر فباطل؛ لأن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ألزم الغرامة للمعتق في يساره، وإلزمها العبد في إعسار المعتق، ولم يذكر رجوعاً، فلا يجوز لأحد القضاء برجوع في ذلك، فإن كان له مال لا يفي بجميع قيمة العبد فلا غرامة على المعتق، لكن يستسعي العبد، وهذا مقتضى لفظ الخبر، وبه يقول حماد، وبالله تعالى التوفيق.
وفي (المنحة): يحمل السعاية على ما إذا كان العبد قادراً على السعاية وعدمها مع عدم القدرة، ويؤيد ذلك في الحديث غير مشقوق عليه، وعلى قولهم يلزم بطلان حق الشريك المعسر مع عجز العتيق، وحديث: ((لا شريك لله)) لا يقوي على معارضته في حديث عدمها في حق المعسر؛ لأنه حديث صحيح أخرجه الستة، وأحمد، وأخرج الأول فقط وحديث الستة إلا عبد يحمل على ما ذكرنا أولا من اطراحه.
إذ يلزم من ذلك مع الحكم بالمعارضة، وحديث: ((لا شريك لله)) يتعين حمله على ما ذكرنا أو اطراحه لضعفه عن المعارضة. انتهى.
وفي (فتح الباري) وذكره في (نيل الأوطار) بزيادة قال: ((والعجب ممن طعن في الإستسعاء

بكون همام جعله في قول قتادة، ولم يطعن فيما يدل على ذكر الإستسعاء، وهو قوله في حديث ابن عمر: "وإلا فقد عتق منه ما عتق" بكون أيوب جعله في قول نافع، وميزه كما صنع همام سواء، فلم يجعلوه مدرجاً كما جعلوا حديث همام مدرجاً، مع كون يحيى بن سعيد وافق أيوب في ذلك وهمام لم يوافقه أحد، وقد جزم بكون حديث نافع مدرجاً محمد بن وضاح وآخرون، والذي يظهر أن الحديثين صحيحان مرفوعان وفاقاً لصاحبي الصحيح.

(338/2)

ومما يؤيد الرفع في حديث ابن عمر . أعني قوله: "وإلا فقد عتق منه ما عتق" . أن الذي رفعه مالك وهو أحفظ لحديث نافع من أيوب، وقد تابعه عبيد الله بن عمر بن حفص بن عاصم بن عمر بن الخطاب، كما قال البيهقي ولا شك أن الرفع زيادة معتبرة لا يليق إهمالها كما تقرر في الأصول وعلم الإصطلاح وما ذهب إليه بعض أهل الحديث من الإعلال لطريق الرفع بالوقف في طريق أخرى لا ينبغي التعويل عليه، وليس له مستند، ولا سيما بعد الإجماع على قبول الزيادة التي لم تقع منافية مع تعدد مجالس السماع فالواجب قبول الزيادتين المذكورتين في حديث ابن عمر، وحديث أبي هريرة، وظاهرهما التعارض، والجمع ممكن)) .

فالذي جزم به البخاري في الجمع بينهما بأن المعنى قوله: "وإلا فقد عتق منه ما عتق" ليس معناه أن يستمر ملك الشريك الذي لم يعتق، وإنما المعنى: أنه عتق منه بإعتاق مالك الحصة، وحصة الشريك تعتق بالسعاية، فيعتق العبد بعد تسليم ما عليه، ويكون كالمكاتب.

وقد جمع الحافظ ابن حجر بينهما بغير ذلك، فقال: والذي يظهر أنه في ذلك بإخباره بقوله غير مشقوق عليه فلو كان ذلك على سبيل اللزوم بأن يكلف العبد الإكتساب والطلب حتى يحصل ذلك حصل له بذلك غاية المشقة، وهي لا تلزم في الكتابة بذلك عند الجمهور، لأنها غير واجبة.

(339/2)

فهذه مثلها، وجمع البيهقي بين الحديثين، بأن معناهما أن المعسر إذ أعتق حصته لم يسر العتق في حصة شريكه، بل تبقى حصة شريكه على حالها وهي الرق ويستسعي العبد في عتق نفسه بتحصيل ثمن الجزء الذي لشريك سيده، ويدفعه إليه، ويعتق، وجعلوه في ذلك كالمكاتب، وهو الذي جزم به البخاري.

وإلى هذا الجمع قال البيهقي:

لا تبقى بين الحديثين معارضة أصلاً، وذكره في (المنحة)، قال الحافظ: وهو كما قال، واختاره شارح (بلوغ المرام)، وفيه: وهو كما قال.

وفي (المنحة): إلا أنه يلزم منه أن يبقى الرق في حصة الشريك إذا لم يختر العبد الإستسعاء فيعارضه حديث أبي المليح، وحديث سمرة، وهي محمولة في حق المؤسر وحديث الملقام في حق المعسر فلا معارضة.

وذكره في (نيل الأوطار) وعن الحافظ بن حجر، إلى قوله: حديث أبي المليح، ثم قال: ويمكن حمله على ما إذا كان المعتق غنياً أو على ما إذا كان جميعه له فأعتق بعضه، واستدل على ذلك بحديث أبي التلب الذي تقدم، ثم قال وهو محمول على المعسر، وإلا لتعارضا. انتهى.

وقد جمع بعضهم بطريق، فقال أبو عبد الملك: المراد بالإستسعاء: أن العبد يستمر في حصة الذي لم يعتق رقيقاً فيسعى في خدمته بقدر ماله في الرق، وما في قوله غير مشقوق عليه من جهة سيده المذكور، فلا يكلف من الخدمة فوق حصة الرق، ويؤيد هذا حديث إسماعيل بن أمية المذكور، ولكنه يرد ما وقع في رواية للنسائي، وأبي داود بلفظ: ((واستسعى في قيمته لصاحبه)).

(340/2)

وحديث المجموع وما ذكره في (مجمع الزوائد) من طريق سعيد بن المسيب أنه قال: ((حفظنا عن ثلاثين من أصحاب النبي صلى الله عليه وآله وسلم، أنه قال: ((من أعتق شقصاً في مملوك ضمن قيمته)) وسائر ما أدى معناهما، وإن كانت مطلقة فهو مقيدة بالأدلة الدالة على إلزام الغرامة للمعتق في يساره وفي إعساره يلزم العبد السعاية فيما يفك باقي رقبته من الرق، وشرط مع ذلك أن يكون غير مشقوق عليه لحديث الملقام، وغيره.

وذكر ابن دقيق العيد في (العمدة) على حديث ابن عمر ما لفظه: ((والنظر بعد الحكم بصحة الحديث منحصر في تقديم أحد الدلالتين على الأخرى. أعني دلالة قوله: "عتق منه ما عتق" على رق الباقي، ودلالة "استسعي" على لزوم السعاية، في هذه الحالة،، والظاهر ترجيح هذه الدلالة على الأولى)) انتهى.

وهذا أحسن ما يجمع به بين الأدلة المذكورة، وبما ذكرنا ينتظم مسلك أدلة هذا الباب، والجمع بين الأدلة مهما أمكن أولى. والحمد لله.

(تنبيه): تتعلق بأدلة هذا الباب وشواهده أحكام:

الأول: إن صيغة عموم أدلة هذا الباب وشواهده تقتضي دخول أصناف المعتقين في الحكم المذكور، ومنهم: المريض، قاله ابن دقيق العيد، قال: ((وقد اختلف في تصرف المريض بذلك، فالشافعية يرون أنه إن أخرج من الثلث جميع العبد قوم عليه نصيب شريكه، وعتق عليه، لأن تصرف المريض في الثلث كتصرف الصحيح، للدلالة على اختصاص تصرف المريض بالتبرعات)).

(341/2)

وبه قالت الهادوية: ورجح للمذهب ونقل عن أحمد أنه لا يقوم في حال المرض، ونقل ابن الماجشون من المالكية: أنه لا يقوم، وعليه نصيب الشريك، إلا من رأس ماله إن صح، وإن لم يصح لم يقوم في الثلث على حال المرض، وعتق منه حصته وحده، والعموم يقتضي التقويم، وتخصيصه بما يحتمله الثلث مأخوذ من الدليل الدال على اختصاص المريض بالتبرعات في الثلث ـ انتهى مختصراً مع زيادة.

الثاني: إنه يدخل في العموم: العبد المسلم والكافر، ويدخل في ذلك نصيب الشريك إذا كان مرهوناً أو مكاتباً ومدبراً، أو كانت الأمة قد ثبت الإستيلاد في نصيب الشريك، وفي السراية إلى نصيب الشريك على المعتق.

وللمالكية: تصرف في العبد المسلم والكافر، فإن كانا الشريكان والعبد كفاراً فلا تقويم، وإن كانا مسلمين والعبد كافراً فالتقويم، وإن كان أحدهما مسلماً والآخر كافراً فإن أعتق المسلم كمل عليه، سواء كان العبد مسلماً أو كافراً.

وإن كان المعتق هو الكافر فقيل: بالتقويم مطلقاً، وقيل: بعدمه مطلقاً، وقيل: بالتفصيل بين أن يكون العبد مسلماً، فيلزم التقويم وبين أن يكون ذمياً فلا يلزم.

وإن كانا كافرين والعبد مسلماً فروايتان.

وللحنابلة ـ أيضاً ـ وجهان، فيما إذا أعتق الكافر نصيبه من مسلم وهو موسر هل يسري إلى باقيه، وهذا التفصيل الذي ذكره يقتضي إخراج صور من هذه العمومات:

أحدها: إذا كان الجميع كفاراً، وسببه ما دل عندهم على عدم التعرض للكفار في خصوص الأحكام الشرعية.

وثانيها: إذا كان المعتق هو الكافر على مذهب: من يرى أن لا تقويم إذا كان العبد كافراً.

(342/2)

فأما على الأول: فيرى أن المحكوم عليه بالتقويم هو الكافر ولا إلزام له بأحكام فروع الإسلام.
وأما الثاني: فيرى أن التقويم إذا كان العبد مسلماً لتعلق حق العتق بالمسلم.
وثالثها: إذا كانا كافرين والعبد مسلماً على قول، وسببه ما ذكرنا من تعلق حق المسلم بالعتق.
واعلم: إن هذه التخصيصات إن أخذت في قاعدة كلية لا مستند فيها إلى نص معين، فتحتاج إلى الإتفاق عليها، وإن أستند إلى نص معين فلا بد من النظر في دلالته مع دلالة العموم ووجه الجمع بينهما أو التعارض.
واختلف أصحاب الشافعي: فيما إذا كان نصيب الشريك مرهوناً ..إلى أن قال: وظاهر الخبر التسوية بين المرهون والمدبر والإستيلاد والكتابة، وغير ذلك، ولكن ظهوره ليس بالشديد القوي؛ لخروجه عن المعنى المقصود بالكلام؛ لأن المقصود ثبوت السراية إلى نصيب الشريك على المعتق من حيث هو كذلك لا مع قيام المانع، وهو إبطال حق المرتهن، لكنه غير مقصود، والموافقة لظاهر العموم يلغي هذا المعنى بأن العتق قد قوي على إبطال حق المالك في العين بالرجوع إلى القيمة؛ فلأن يقوى على إبطال حق المرتهن كذلك أولى، وإذا لغي المانع عمل اللفظ العام عمله.

(343/2)

وفي المكاتب والمدبر ما تقدم من أمر العموم والتخصيص بحالة عدم المانع، والمانع في الكتابة هو صيانة الكتابة عن إبطالها، حيث كان لفظ (العبد) عند الإطلاق متناولاً للمكاتب، أو عند من قال: ((المكاتب عبد ما بقي عليه درهم)) وتناول لفظ (العبد) عند الإطلاق، ولأن ذلك حكم لفظي يؤخذ في غلبه استعمال اللفظ وقد لا يغلب، وأحكام الرق ثابتة، وهذا إنما هو في إدراج (المكاتب) تحت لفظ (العبد) وتناول اللفظ له أقرب، إلا أن تناول اللفظ للمدبر هاهنا أقوى.
ولهذا كان الأصح من قول الشافعي عند أصحابه أنه يقوم عليه نصيب الشريك، وإبطال المانع حق الشريك، لأن التدبير قربة قد سبقها.
والمانع في حق أم الولد من أعمال العموم هاهنا أقوى مما تقدم، لأن السراية تتضمن نقل الملك وأم الولد لا تنقل من مالك إلى مالك عند من منع من بيعهما، وهذا هو أصح وجهي الشافعي، ومن يجري على العموم يلغي هذا المانع بأن الإعتاق وسرايته كالإتلاف، وإتلاف أم الولد موجب للقيمة، ويكون التقويم سبيله سبيل غرامة المتلفات، وذلك يقتضي التخصيص بصدور أمر يجعله إتلافاً.

الثالث: إن ظاهر أدلة الأصل وشواهدها تدل على: إنه لا فرق بين من أعتق نصيبه بإذن شريكه أو بغير إذن شريكه عند الجمهور، وفرقت الحنفية بين الإعتاق (المأذون) فلا ضمان لحصة الشريك و(غير المأذون) يضمن حصة الشريك.

(344/2)

الرابع: إن قوله: ((أعتقه)) يقتضي صدور العتق منه واختياره، والمراد به: عتق التنجيز، وأجرى الفقهاء مجراه العتق المعلق بالصفة، فثبت الحكم حيث كان مختاراً، وينتفي حيث كان لا اختيار له إما من حيث المفهوم، وإما أن السراية على خلاف القياس فتخصص بمورد النص. وإما لإبداء معنى مناسب يقتضي التخصيص بالإختيار، وهو أن التقويم سبيله سبيل غرامة المتلفات، وذلك يقتضي التخصيص بصدور أمر يجعله إتلافاً، وهاهنا ثلاث مراتب:

أحدها: إصدار الصيغة المقتضية للعتق بنفسها، ولا شك في دخولها في مدلول الحديث.

الثانية: إذ أوردت قرينة فيعتق عليه ذلك البعض فلا سراية ولا تقويم عند الشافعية، ونص عليه بعض متأخري المالكية لعدم الإختيار في العتق وسببه معاً، وعن أحمد رواية: أنه يعتق عليه نصيب الشريك إذا كان مؤسراً، ومن أمثلته: بأن يعجز المكاتب نفسه بعد إن اشترى شقصاً يعتق على سيده، وأن الملك والعتق يحصل بغير اختيار السيد فهو كالوارث.

الثالثة: إذا وجد سبب العتق باختياره، وهذا يختلف رتبة، فمنه ما يقوي فيه تنزيل مباشرة السبب منزله مباشرة المسبب، كقبوله لبعض قريبة في بيع، أو هبة، أو وصية.

(345/2)

وقد نزله الشافعي منزلة المباشرة، وقد نص عليه بعض المالكية في الشرى والهبة، ومنه ما يضعف عن هذا، وهو تنجيز المكاتب بعد أن يشتري شقصاً ممن يعتق على سيدة، فانتقل إليه الملك بالتنجيز الذي سبب العتق، وأنه لما اختاره كان كاختياره سبب العتق بالشراء وغيره، فيه اختلاف بين أصحاب الشافعي، ووجه ضعف هذا عن الأول: إنه لم يقصد التمليك، وإنما قصد التنجيز، وقد حصل الملك فيه ضمناً، إلا أن هذا ضعيف والأول أقوى.

وأما العتق إلى أجل، فقال مالك، وأبو القاسم: يقوم عليه الآن فيعتق إلى أجل.

وقال سحنون: إن شاء المتمسك قوم الساعة، وكان جميعه حراً إلى سنة، وإن شاء تماسك وليس له بيعة قبل السنة إلا من شريكه، وإذا تمت السنة قوم على مبتدئ العتق عند التقويم.

الخامس: من قوله: ((أعتقه أحدهما)) من لفظ الخبر، محمول على: أنه أعتق نصيبه بالإعتاق ونصيب شريكه بالسراية، فأضاف إعتاقه إلى المعتق، وفيه دلالة على: أنه لو أعتق نصيب شريكه لم يكن مؤثراً في نصيبه ولا في نصيب شريكه على مذهب الحنفية، والشافعية، والهادوية، وهو القوي.

واختار الفقيه حسن، وهو قول جماعة من العلماء: أنه يعتق نصيبه ثم يسري إلى نصيب شريكه، ورد: بأن من شرط العتق أن يكون مصادفا لنصيبه ..إلى غير ذلك.

السادس: إذا وقف نصف عبده، ثم أعتق النصف الثاني لم يسر العتق إلى الوقف، بل يتبعض، ذكره الأمير الحسين، ورجح للمذهب.

(346/2)

والوجه في ذلك: إنهما حقان لا مزية لأحدهما على الآخر، فالوقف حق الله تعالى، والعتق حق لله تعالى، ذكره الحسين بن القاسم، وذكر الإمام المهدي في (الغيث): ((إن العتق يسري إلى الوقف مطلقاً)).

قال السيد الهادي يحيى بن الحسين: ولعله أولى، لأن العتق يسري إلى ملك الآدمي، فكذلك إلى ملك الله تعالى.

قال الفقيه يوسف: فلو بلغ الوقف إلى حال لا ينتفع به في المقصود، ثم بيع لم يسر العتق عليه إليه، لأن السراية إنما يكون وقت العتق لا بعده، [.......] ، والمذهب: أنه يسري بعد البيع.

وتورد في مسائل المعاياه أين عتق سرى بعد مدة طويلة، فيجاب بهذا، والله أعلم.

قوله في الباب: والمكاتب هذا هو الموعود بذكر الباب عقد الإمام عليه السلام ذكره في الباب، لبيان أحكام المكاتب، وأحكام الكتابة، والذي سيأتي بالنظر إلى بيان ميراثه من غيره منفرداً أو مع غيره، وبيان ميراث غيره منه في مدة الكتابة.

والمكاتب: اسم مفعول ـ بفتح التاء ـ من تقع عليه الكتابة ـ وبكسرها ـ من تقع منه، والكتابة ـ بكسر الكاف، وفتحها ـ .

قال الراغب: اشتقاقها من كتب بمعنى (أوجب) فتكون مأخوذة من معنى الالتزام، كأن السيد ألزم نفسه عتق العبد عند الأداء، والعبد ألزم نفسه الأداء للمال الذي تكاتب عليه، أو بمعنى (الجمع) فتكون مأخوذة من كتبت الخط إذا جمعت حروفه بعضها إلى بعض، ومنه كتبت القربة إذا جمعت رأسها ـ انتهى.

ومن الأول: قوله تعالى: {كُتِبَ عَلَيْكُمْ الصِّيَامُ ...}[البقرة:183] وقوله تعالى: {إِنَّ الصَّلاَةَ كَانَتْ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ كِتَابًا مَوْقُوتًا }[النساء:103].

(347/2)

ومن الثاني: إما لأنه يصحب هذا العقد الكتابة فيما بين السيد وعبده، أو بمعنى (الضم) لأن السيد يضم للعبد نجماً إلى نجم، والعبد يضم للسيد مالاً إلى ماله، ومنه سميت الكتيبة لقطعة عظيمة من الجيش، والجمع الكتائب، سميت بذلك لانضمام بعض الجيش إلى بعض، وعليه قوله:

ولا عيب فيهم غير أن سيوفهم

بهنَّ فلول من قراع الكتائب

وفي (النهاية): الكتابة: أن يكاتب الرجل عبده على مال يؤديه إليه منجماً، فإذا أداه صار حراً، وسميت كتابة مصدر (كتب) لأنه يكتب على نفسه لمولاه ثمنه، ويكتب مولاه عليه عتقه، كذا قال الأزهري. انتهى.

وهذا هو معنى الكتابة، أو كتب عليك الوفاء بالمال، وكتب عليَّ العتق، وقيل: سمي بذلك لما يقع فيه من التأجيل واجباً عند الشافعي.

قلت: والهادوية، وندباً عند أبي حنيفة كما سيجيء، والأجل يستدعي الكتابة؛ لقوله تعالى: {إِذَا تَدَايَنتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ}[البقرة:282].

وفي (البحر) جعلها من الفرض، قال في (المنحة): لعله يريد به فرض السيد على عبده قدر ما يكاتبه عليه، ورده الجلال، وجعلها بمعنى الحكم، وأما رأي داود فواضح: أنها بمعنى الفرض والحكم، ولا تبطل الكتابة بموت السيد؛ للإجماع وسيأتي.

والمكاتبة: مفاعلة بين السيد وعبده، والكِتابة ـ بكسر الكاف وفتحه ـ كعين العتاقة: هو العقد المشهور بين السيد وعبده.

(348/2)

والكتاب والمكاتبة، كالعتاب والمعاتبة، والتركيب يدل على الضم والجمع، لما فيه من ضم النجوم بعضها إلى بعض، وإنما خصص (العبد) بالمفعول؛ لأن أصل المكاتبة من المولى، وهو الذي يكاتب عبده، وكانت الكتابة متعارفة قبل الإسلام فأقرها الشرع، خلافاً لما قاله الروياني: إن الكتابة إسلامية ولم تكن تعرف بالجاهلية، وأنها من خصائص هذه الأمة.

وأبى ذلك الجمهور، وفي (فتح الباري): ((قال ابن التين: "كانت الكتابة متعارفة قبل الإسلام، فأقرها النبي صلى الله عليه وآله وسلم" وقال ابن خزيمة في كلامه على حديث بريرة: "وقد كانوا يكاتبون في الجاهلية بالمدينة، وأول من كوتب من الرجال في الإسلام سلمان الفارسي، ومن النساء بريرة بنت صفوان، وحكى ابن التين . أيضاً . حكاية: أن أول من كوتب أبو المؤمل، فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم: ((أعينوه)) .

ويمكن الجمع بأن سلمان أول من كوتب في الإسلام كاتبه مولاه، الخبر وسيأتي، وبعده أبو المؤمل أول كتابه من المسلمين، وأول من كوتب بعد النبي صلى الله عليه وآله وسلم أبو أميّة مولى عمر، ثم سيرين مولى أنس.

واختلف العلماء في تعريف الكتابة، وأحسن ما قيل في تعريفها، ما قاله الحافظ بن حجر: ((تعليق عتق بصفة على معاوضة مخصوصة)) .

وعند الجمهور وحد الكتابة تعليق عتق المملوك على أدائه مالاً أو نحوه، وهي على خلاف القياس عند من يقول: ((إن العبد لا يملك)).

(349/2)

والأصل في شرعيتها من الكتاب قوله تعالى: {فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا }[النور:33] ومن السنة ما سيأتي بيانه، ولا خلاف بين الناس أنها مشروعة، وإنما اختلفوا في أمرين:

الأول: في الخير المذكور في الآية:

اعلم أن كثيراً من المؤلفين أهملوا في هذا الباب ذكر شرط صرح به القرآن، وهو أن يعلم أن فيمن يكاتبه خيراً، وقد صرح بذلك في ((منحة الغفار)) بلفظ: ((فإن قلت: كيف أهمل المصنف وغيره هذا الشرط وهو قرآني.

قلت: لأن الشرط فيه للأمر، وهو الإيجاب أو الندب، ومفهومه: أنا إذا لم نعلم فيهم خيراً لا يجب ولا يندب، وأما الجواز فإنه جائز، كما صرح به المفسرون، فإهمال المصنف وغيره لهذا الشرط في التقعيد؛ لأنهم ما أرادوا إلا بيان الجائز من الكتابة، وبيان أحكامه، ولا يخفي أنه عذر بارد وتقصير، حيث يهتم بالأدنى عن الأعلى ..

إلى أن قال: وقد اختلف المفسرون في المراد به هنا؛ لأنه لفظ مشترك يقع على الخيار، ويقع على المال، ويقع على الصلاح، ويقع على المنفعة، والكل ورد في القرآن:{أُوْلَئِكَ هُمْ خَيْرُ الْبَرِيَّةِ } [البينة: 7] { إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمْ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ} [البقرة: 180] {وَافْعَلُوا الْخَيْرَ }[الحج:77] {وَالْبُدْنَ جَعَلْنَاهَا لَكُمْ مِنْ شَعَائِرِ اللَّهِ لَكُمْ فِيهَا خَيْرٌ}[الحج:36].

إذا عرفت هذا فقد اختلف الناس بخيرية المكاتب في الآية، فقيل: الدين والصلاح، وقيل: المال، وقيل: الكسب والأمانة)) . انتهى.

(350/2)

قلت: وذكر ابن جرير وغيره عن عكرمة [أبي عمار]، ويحيى بن كثير مرسلاً، عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم في قوله تعالى: {فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا }[النور:33] ((إن علمتم لهم حرفة ولا تدعوهم كلاً على الناس)) .

وذكر ابن جريج عن عطاء بن أبي رباح، أنه قال: ((ما أراه إلا المال)) ثم تلى قوله تعالى: {كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمْ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا}[البقرة:180] قال: الخير: المال فيما نرى .

ويروي عن مجاهد وأبي رزين وطاووس قال: وبلغني عن ابن عباس يعني بالخير المال ، ويروى عنه أنه يقول: ((إن علمتم لهم حيلة، ولا تلقوا مؤنهم على المسلمين)) وعن ابن سيرين، عن عبيدة {إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا}: قال: إذا صلى .

وعن إبراهيم: وفاءً وصدقاً ، وقال الحسن: صلاحاً في الدين ، وجاء عنه: الإسلام والوفاء.

وقالت طائفة: كلا الأمرين، وهو قول سعيد بن أبي الحسن . أخي الحسن البصري . وبه قال الشافعي، وقيل: إنه قال: {إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا} قال: صدقاً، ووفاءً، وأداءً، وأمانة، وبه قال سفيان: ولم يذكر: ((وأداءً)).

وعن عمرو بن دينار: المال، والصلاح وعن أبي صالح: الأمانة، والأداء ، وعن مجاهد، وطاووس، في قول عنهما: المال، والأمانة ، وعن مالك بن أنس: إنه القوة على الأداء، وروي عن أبي زيد، عن أبيه: {إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا} لنفسك يؤدي إليك ويصدقك ما حدثك فكاتبه، قاله ابن جرير الطبري.

(351/2)

وفي (الجامع الكافي) قال محمد: {فَكَاتِبُوهُمْ...}[النور:33] الآية، قال: الدين، والوفاء بالمال.

وعن ابن عمر: القدرة على الاحتراف والكسب لأداء ما كوتب عليه، وقيل: الدين، لأنه لا خير في دين الكافر، وكل مسلم فيه الخير؛ لقوله: ((لا إله إلا الله محمد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم)).

وقال السلماني في قوله تعالى: {فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا }[النور:33] قال: إن أقام الصلاة ..إلى غير ذلك.

وأجل هذه الأقوال ورد به القرآن لمن تتبع آياته، والظاهر أن أقربها إلى ظاهر الآية من قال: ((إنه الدين)) لأنه لو أراد المال، لقال: "إن علمتم لهم خيراً.." أو "..عندهم.." أو "..بينهم.." لأن بهذه الحروف يضاف المال إلى من هو له في لغة العرب.

فلما قال: {إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا} علمنا أنه تعالى لم يرد المال ولا غيره، ولا خير فيمن دينه الكفر، وكل مسلم فيه الخير، وكل خير بعد الدين تابع له.

وهذا قول روي عن علي عليه السلام: أنه سأله عبد مسلم أأكاتب وليس عندي مال؟ قال علي: ((نعم)) انتهى. فصح أن الخير عنده هو الدين، وبه قال ابن حزم، قال: ولا يجوز مكاتبة الكافر أصلاً. انتهى.

الثاني: في وجه كتابة الرجل عبده أو أمته الذي علم فيه الخير إذا طلبها العبد، هل هي واجبة أو مندوبة؟.

(352/2)

ذهب إلى الأول عمر بن الخطاب، وعثمان بن عفان، وابن عباس في رواية عنه، والزبير، وأبو سليمان، وداود وابن حزم، وحكاه في ((البحر)) عن عطاء بن أبي رباح، وعمرو بن دينار، وثعلبة ابن حزم، عن مسروق، والضحاك، وزاد القرطبي معهما عكرمة، وهو قول للشافعي، وبه قالت الظاهرية، واختاره ابن جرير الطبري، وقال به إسحاق بن راهوية، وابن جريج، وغيره.

وذهب إلى الثاني ابن عباس في رواية عنه، وجمهور الصحابة، فمن بعدهم، والعترة، وأنس بن مالك، والحسن، والشعبي، والهدوية، والحنفية، والشافعية، والمالكية، والثوري، وغيرهم، واختاره الفقهاء للمذهب.

وذكره في (الجامع الكافي) عن محمد بن منصور، والإمام المهدي في (البحر) وهو قول أكثر أئمة أهل البيت، وبه قال المحقق المقبلي، وظاهر كلام المحقق الجلال في (ضوء النهار) أنها

غير واجبة.
وذكره في (المنحة) للأصطخري، وذكر فيها لسيدة أنها مباحة، قال البدر الأمير، ولا يرد على هذه كونها مستحبة.
احتج الأولون بظاهر قوله تعالى: {فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا }[النور:33] وبما يروي في سبب النزول أنه كان لحويطب بن عبد العزى مملوك يقال له: الصبيح، سأل مولاه أن يكاتبه فأبى، فنزلت.
وبما أخرجه ابن حزم من طريق إسماعيل بن إسحاق، نا علي بن عبد الله، نا سعيد بن أبي عروبة، عن قتادة، عن أنس بن مالك: أن سيرين سأل الكتابة فأبى عليه، فقال عمر بن الخطاب: والله لتكاتبنه، وتناوله بالدرة، فكاتبه.

(353/2)

وبه إلى علي بن عبد الله، نا روح بن عبادة، نا ابن جريج: قلت لعطاء: أواجب عليّ إذا علمت له مالاً أن أكاتبه؟ قال: ما أراه إلا واجباً .
ورواه ابن جرير الطبري، ثنا الحسن قال: أخبرنا عبد الرزاق قال: أخبرنا ابن جرير بلفظه: وفيه: وقالها عمرو بن دينار قال: قلت لعطاء: أتأثره [عن أحد]؟ قال: لا .
وفي رواية: وقال لي عمرو بن دينار، وقال ابن جريج، وأخبرني عطاء أن موسى بن أنس بن مالك أخبره: أن سيرين ـ أبا محمد بن سيرين ـ سأل أنس بن مالك الكتابة، وكان كثير المال، فأبى، فانطلق إلى عمر بن الخطاب فاستأداه، فقال عمر لأنس: كاتبه فأبى، فضربه بالدرة، وقال: كاتبه، ويتلو : {فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا } [النور: 33] فكاتبه أنس .
وبه إلى ابن المديني، نا سعيد بن عامر، نا جويرية ابن إسماعيل، عن مسلم بن أبي مريم، عن عبد كان لعثمان بن عفان، فذكر حديثا، وفيه: أنه استعان بالزبير فدخل معه إلى عثمان، فقام بين يديه قائماً، وقال: يا أمير المؤمنين فلان كاتبه، فقطب، ثم قال: نعم، ولولا أنه في كتاب الله ما فعلت ذلك.
وذكر الخبر عن مسروق، والضحاك، وحملوا الآية على الوجوب.
قال ابن حزم: فهذا عمر وعثمان يريانها واجبة، ويجبر عمر عليها، ويضرب في الإمتناع عن ذلك، والزبير يسمع حمل عثمان الآية على الوجوب، فلا ينكر على ذلك، وأنس بن مالك لما ذكر بالآية سارع إلى الإمتثال بالمكاتبة، وترك امتناعه، فصح أنه لا يعرف في ذلك مخالف من الصحابة.

واحتج الآخرون بالقياس على المعاوضات، فإن الإنسان لا يجبر على بيع ملكه، ولا على عتقه، وبقوله تعالى: {إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا }[النور:33] ندب الله سادة العبيد إلى كتابة من علموا فيه منهم الخير، كقوله تعالى: {وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا }[المائدة:2] وقوله تعالى: {فَإِذَا قُضِيَتْ الصَّلاَةُ فَانتَشِرُوا فِي الأَرْضِ }[الجمعة:10] وهما غير واجبين بل مندوبان، وكذلك قوله تعالى: {فَكَاتِبُوهُمْ ئ..}[النور:33] هكذا روي عن الشافعية، والحنفية، والزيدية.

وروى ابن جرير الطبري: حدثني موسى، قال: أخبرني وهب، قال: قال مالك بن أنس: الأمر عندنا أن ليس علي سيد العبد أن يكاتبه إذا سأله ذلك، ولم أسمع بأحد من الأئمة أكره أحداً على أن يكاتب عبده، وقد سمعت بعض أهل العلم: أنه سئل عن ذلك، فقيل له: إن الله تعالى يقول: {فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا } [النور: 33] يتلوا هاتين الآيتين، {وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا } [المائدة:2] {فَإِذَا قُضِيَتْ الصَّلاَةُ فَانتَشِرُوا ..}[الجمعة:10] فإنما ذلك أمر أذن الله فيه للناس، وليس بواجب على الناس، ولا يلزم أحد . انتهى .

وروى ابن جرير عن الثوري قال: إذا أراد العبد من سيده أن يكاتبه فإن شاء أن يكاتبه كاتبه، ولا يجبر السيد على ذلك.

وأجابوا عن حجة الأولين بظاهر الآية بالإجماع على نظائر الآية بصرفها عن الظاهر كالآيتين السالف ذكرهن، وكقوله تعالى: {اعْمَلُوا مَا شِئْتُمْ }[فصلت:40] من الحمل على التهديد، وقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((كل مما يليك))، فكذلك قوله تعالى: { فَكَاتِبُوهُمْ ..}[النور: 33] وما عدا الآية لا حجة في كلام عمر، وعثمان، وابن عباس.

وأجاب ابن حزم عن حجج الآخرين: بأنه لا حجة لهم في الآيتين؛ لأنه لولا نصوص أُخر جاءت لكان هذان الأمران فرضاً، لكن لما حل رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم من حجَّه وعمرته ولم يصد صار الأمر بذلك ندباً، ولما حض رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم على القعود في موضع الصلاة ورغب في ذلك وكان الانتشار ندباً، فإن كان عندهم نص تبين أن الأمر بالكتابة ندب صرنا إليهم . انتهى.

وقوله تعالى: {اعْمَلُوا مَا شِئْتُمْ }[فصلت:40] للتهديد، وفي الخبر للإرشاد.

أجاب الآخرون: بأنه لم يختلف أحد في أنه له بيعه إذا طلب منه الكتابة، علمنا أن الأمر

ندب.

قال ابن حزم: نعم .. وله وإن كاتبه ما لم يؤد، وله بيع ما قابل منه ما لم يؤد، حتى يختم عتقه بالأداء، ولأنا لم نجد في الأصول أن يجبر أحد على عقد فيما يملك.

ورده ابن حزم بقوله: ولا وجدتم قط في الأصول أن يجبر أحد على الإمتناع من بيع أمته وتخرج حرة من رأس ماله إن مات، وقد قلتم بذلك في أم الولد، ووجدنا المفلس يجبر على بيع ماله في إذا مات وعليه دين، ووجدنا الشفيع يجبر المشتري على تصيير ملكه إليه . انتهى.

(356/2)

ورد: بأن أم الولد، والمفلس، والشفيع، خارجة عن الأصول، بنصوص خارجة، ولا يصح القياس على ما خرج من الأصول عند الجمهور، ولو كان ذلك واجباً على السيد إذا طلبه، لوجب . أيضاً . أن يكون واجباً على العبد إذا طلبه السيد.

ورد: بأن النص جاء بذلك إذا طلبها العبد، ولم يأت بذلك إذا طلبها السيد.

أجاب الآخرون: بأن الأصل أن لا تجوز الكتابة، لأنها عقد غرر، وما كان كذلك فسبيله إذا جاء به نص أن يكون ندباً، لأنه إطلاق من حظر.

أجاب الأولون: بأن الأصل أنه لا يلزم شيء من الشريعة ولا يجوز القول به حتى يأمر الله به، فإذا أمر به تعالى فسبيله أن يكون فرضاً يعصي من أبى قبوله.

أجاب الآخرون: بأن الكتابة لو كانت واجبة إذا طلبها العبد لوجب أن يجبر السيد عليها وإن أرادها بدرهم.

أجاب الأولون: بأن الله تعالى لم يأمر قط بإجابة العبد إلى ما أراد أن يكاتب عليه، وإنما أمرنا بإجابته إلى الكتابة، ثم ترك الكتابة مجملة بين السيد والعبد، لأن قوله تعالى: { فَكَاتِبُوهُمْ ..}[النور:33] فعل من فاعلين، وقوله تعالى: {لاَ يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلاَّ وُسْعَهَا }[البقرة:186] فوجب أن لا يكلف العبد ما ليس في وسعه، ونهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن إضاعة المال، فوجب أن لا يكلف السيد إضاعة ماله، وصح بهذا من النصين أن اللازم لهما ما أطاقه العبد بلا حرج، وما لا غبن فيه على السيد، ولا إضاعة لماله.

(357/2)

قال ابن حزم: وقد وافقونا على أن للسيد تكليف عبده الخراج وإجباره عليه، ولم يكن ذلك عندهم مجيزاً أن يكلفه من ذلك مالا يطيق ولا إجابة العبد إلى أداء ما لا يرضى السيد به مما هو قادر بلا مشقة على أكثر منه.

وهذا هو الحكم في الكتابة بعينه، وكذلك من تزوج ولم يذكر صداقاً، فإنه مجبر على أداء صداق مثلها، ويجبر على قبوله، ولا تعطى برأيها، ولا يعطى هو برأيه. انتهى.

قال القرطبي: لما ثبت أن رقبة العبد وكسبه ملك لسيده، دل على أن الأمر بالكتابة غير واجب، لأن قوله: ((خذ كسبي واعتقني)) بمنزلة: ((اعتقني بلا شيء)) وذلك غير واجب اتفاقاً.

وأجاب في (البحر) عن الآية: بأن القياس على المعاوضات صرفها عن الظاهر كالتخصيص، ورد بأن القياس المذكور فاسد الاعتبار، لأنه في مقابلة النص.

ويجاب: بأن المراد بالقياس المذكور هو الأصل المعلوم من الأصول المقررة، وهو صالح للصرف، لا القياس الذي هو إلحاق أصل بفرع حتى يرد ما ذكر.

قال المحقق الجلال: فلا محيص لمن جعل الأمر للوجوب في تبقيته على معناه. أعني تبقية الشرط في الآية على ظاهره. انتهى.

وفي (المنحة): قال الأصطخري. ونعم ما قال.: إن القرينة الصارفة للأمر عن الوجوب الشرط في قوله: {إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا }[النور: 33]: فإنه وكل الإختيار في ذلك إلى الموالي، ومقتضاه: أنه إذا رأى عدمه لم يجبر عليه، فدل على أنه غير واجب.

وقال غيره: الكتابة عقد غرر، فكان الأصل أن لا تجوز، فلما وقع الأذن فيه كان أمراً بعد منع، والأمر بعد المنع للإباحة.

(358/2)

ولا يرد على هذا كونها مستحبة، لأن استحبابها ثبت بأدلة. انتهى.

نعم .. والكتابة تسري إلى ولد المكاتب بعد الكتابة، فيعتق بعتقه، وسيأتي تمام الكلام قريباً إن شاء الله.

هذا ويتعلق بالباب مسألتان:

المسألة الأولى: اختلف العلماء في الكتابة: ذهب الجمهور: إلى أنها على القياس، لأن المكاتبة عقد معاوضة على صفة مخصوصة، وصرح في (البحر) أنها تخالف القياس، وفسره في (المنار) بقوله: ((هذا بناء على أن العبد لا يملك، وإذا قلنا: يملك، لم يحتج إلى هذا

العذر البارد)).

وفي (ضوء النهار): بل القياس في مقابلة النص، وفي (منحة الغفار) مراد المصنف بالقياس الأمر المعلوم من القواعد الشرعية، وهو أنه لا يجب على أحد بيع مملوكه إلا بإختياره، والكتابة عتق، فمراد المصنف أن هذا الظاهر من الآية وهو الإيجاب يدفعه هذا الأصل المقرر إلى أن التخصيص يصرف عن ظاهر العموم، والشارح فهم أن مراده من القياس التمثيلي.

وأما صاحب (المنار) ففهم أن مراد المصنف مخالفة الكتابة للقياس أن الأصل المقرر عدم ملك العبد والكتابة جارية على خلافه، إذ من لا ملك له لا يعارض لعدم ما يعارض به، لأنه فسر قوله: ((تخالف القياس)) بقوله: ((هذا بناء على العبد لا يملك، وإذا قلنا يملك لم نحتج إلى هذا العذر البارد)).

ثم قال: فقد بين صحة تملكه في مواضع، ويدل له من الكتاب قوله تعالى: {عَبْدًا مَمْلُوكًا لاَ يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ } [النحل: 75]، لأن الأصل في الصفة التقييد فحقق التمثيل بأن هذا العبد قد بلغ في العجز غايته، لأن الأغلب في العبيد العجز سيما من لم يحظ بشيء.

(359/2)

وقد احتج ابن المنير بهذه الآية لمذهب مالك، وقال: ((كفى بها معتصماً)) وكذلك قوله تعالى:{وَأَنكِحُوا الأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمْ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ} [النور: 32] والضمير للأيامى والعبيد بل هم أقرب المذكورين.

ومن السنة: أحاديث أن مال العبد المبيع يتبعه إلا الشرط، وحديث: ((لا يرث المسلم النصراني إلا أن يكون عبده أو أمته)) أخرجه الحاكم ، والدارقطني ، والبيهقي .

قلت: والنسائي من طريق جابر، وقد تقدم ذكره في (باب الولاء).

قال: وحديث: ((إذا أعتق الرجل تبعه ماله ، إلا أن يكون شرطه)) أخرجه الدارقطني في ((الأفراد)) والديلمي عن ابن عمر، ودلالته واضحة جداً.

ومن أوضح الأدلة على صحة ملكه ثبوت (باب الكتابة) بالنصوص، وهي مبنية على الملك، واعتذارهم بقولهم: ((خلاف القياس)) لا تتم، لأنها لا تكون خلاف القياس حتى يبطل ملك العبد، ولم يبطلوه إلا بجعلهم الصفة التي في الآية التي تلوناها موضحة لا مخصصة، وهو خلاف الظاهر لكثرة المخصص، ولأنها مفيدة معنى فهي من باب التأسيس والموضحة من باب التأكيد؛ لعدم استقلالها بإفادة معنى، وخالف الأدلة التي ذكرناها من الكتاب والسنة بلا ملجئ

..

إلى أن قال: أقول: أحاديث إن مال العبد المبيع يتبعه إلا بشرط تتبعناها، فوجدنا الأحاديث في هذا دالة على خلاف ما قاله يعرف ذلك من ألفاظها.

(360/2)

أخرج الشيخان، والترمذي، والنسائي، وابن ماجة، من حديث سالم عن ابن عمر، عن أبيه عنه صلى الله عليه وآله وسلم: ((من باع عبداً وله مال فماله للبائع ، إلا أن يشترط البائع)) .

وأخرج الشيخان، وابن ماجة، من حديث جابر بن عبد الله مرفوعاً: ((من باع عبداً وله مال، فماله للبائع ، إلا أن يشترط المبتاع)).

وفي (المنتقى) لابن تيمية، عن ابن عمر مرفوعاً، وفيه: ((ومن ابتاع عبداً فماله للذي باعه ، إلا أن يشترط المبتاع)). رواه الجماعة.

وفيه من حديث عبادة بن الصامت: أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قضى أن مال المملوك لمن باعه ، إلا أن يشترط المبتاع ، رواه الجماعة.

فهذه الأحاديث كما ترى قاضية أن مال العبد للبائع، إلا أن يشترط المشتري، فقضت ـ أعني الأحاديث ـ بأن المال للسيد باق على ملكه، لا يخرج منه بخروج العبد عن ملكه، بل تخرج باشتراط المشتري له، ولا يشترطه إلا وهو لغير العبد، إذ لو كان له لما اشترطه، ولا يصح إخراجه عن ملكه بشرط بايعه أنه لمشتريه، وكيف يشترط تمليكه لما لا يملكه لمن لا يملكه إذ هو ملك العبد لا يخرج عن يده بشرط غيره.

فهذه الأحاديث التي أشار إليها صاحب (المنار) كما ترى ناهضة: أنه لا ملك للعبد، وأما الإضافة في قوله: ((ماله)) فلأدنى ملابسة، لإبقاء السيد له تحت يده، أو كونه من كسبه.

وأما حديث: ((لا يرث المسلم النصراني إلا أن يكون عبده أو أمته)) فالأرجح وقفه، فلا حجة فيه، وعلى صحة رفعه يحتمل: أنه أراد بالميراث أن يكون بعد عتقه وتركه مالاً، فسماه عبداً مجازاً، بقرينة هذه الأحاديث.

(361/2)

وأما حديث العتق وأنه يتبعه ماله إن لم يشترطه المعتق فهو أقوى ما ذكر وعند التحقيق لا متمسك فيه لملك العبد، لأنه لو كان مالكاً لما خرج عنه ماله باشتراط الغير أن يكون له.

بل هو دليل: أن السيد سلط يد عبده عليه ومتى شاء قبضه، فإن ترك شرطية أخذه من يده عند

عتقه كان المال للعبد، لأنه قرينة قوية أنه قد سمح له هو لسماحته بأصل رقبته فسكوته عنه عند خروج العبد عن ملكه وتقربه إلى الله تعالى.

دل على أنه ملكه ما تحت يده إرادة لإستعفافه عن الناس، صوناً له عن تكففهم، والحكم بقرائن الأحوال له نظائر، وهو أن هذا محتمل بعيد لكن به يجتمع شمل الأحاديث.

وبعد هذا تعرف: أن القول بعدم ملك العبد أقرب دليلاً وأقوم قيلاً، مع أنا كنا نحتج إلى القول بملكه سابقاً، فتبعية الدليل هو المتعين. انتهى بلفظه.

المسألة الثانية: في المراد بقوله تعالى: {وَآتُوهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ }[النور:33] في الآية المذكورة.

وإلى بيان المراد منها أشار الإمام عليه السلام بقوله:

(362/2)

[إعانة المكاتب]

حدثني زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي عليه السلام أنه كان يستحب أن يحط عن المكاتب ربع مال الكتابة ويتلوا: {وَآتُوهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ } [النور: 33].

قال في (التخريج) البيهقي في تفسير قوله تعالى: {وَآتُوهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ } [النور: 33] بإسناده عن عطاء بن السائب، أن عبد الله بن حبيب، وفي رواية حجاج، عن أبي عبد الرحمن عبد الله بن حبيب، عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه، عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم: {وَآتُوهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ} [النور: 33] قال: ((ربع المكاتبة)). انتهى.

وفي عطاء بن أبي السائب كلام من قبل، أنه اختلط فمن روى عنه بعد اختلاطه فروايته عنه ضعيفة، قال في ابن حجر في مقدمة ((فتح الباري)) في عطاء بن السائب ما لفظه: ((من مشاهير الرواة الثقات، إلا أنه اختلط وضعفوه بسبب ذلك، ويحصل [لي] من مجموع كلام الأئمة فيه أن رواية شعبة، وسفيان الثوري، وزهير بن معاوية، وزائدة، وأيوب، وحماد بن زيد، عنه قبل الإختلاط، وإن جميع من روى عنه غير هؤلاء فحديثه ضعيف، لأنه بعد اختلاطه، إلا حماد بن سلمة، فاختلف قولهم فيه)) . انتهى.

وهذا من رواية ابن جريج عنه مع رفعه والمصحح في هذا الموقوف.

وقد أخرجه البيهقي من طريق أخرى عن عبد الأعلى، عن أبي عبد الرحمن السلمي، عن علي عليه السلام في قوله تعالى: {وَآتُوهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ } [النور: 33] . انتهى.

(363/2)

وعبد الأعلى المذكور هو عبد الأعلى بن عامر الثعلبي - بالمثلثة - قال ابن حجر في (التقريب) فيه صدوق يهم من السادسة، فقد توبع عطاء بن السائب في الرواية عن أبي عبد الرحمن.

وقد روي لعبد الأعلى الثعلبي المذكور أهل السنن الأربعة، قال ابن حجر في (التلخيص) في (كتاب الكتابة) ما لفظه: ((حديث علي يحط عن المكاتب قدر ربع كتابته، النسائي، والحاكم، من طريق أبي عبد الرحمن السلمي، عن علي مرفوعاً وموقوفاً، وصحح الموقوف النسائي، كذا قال البيهقي، والدارقطني، وقال ابن عبد الحق: رواه ابن جريج، عن عطاء بن السائب، عن السلمي مرفوعاً، وابن جريج إنما سمع من عطاء بعد الاختلاط، وروايته الوقف أصح)) انتهى.

قلت: وفي (الخلاصة) للبدر الأمير بلفظ: (وخالف الحاكم فقال: رواية الرفع صحيحه الإسناد)، ورواية ابن جريج قال:حدثني عمرو بن علي قال: بنا عمران بن عنبسة قال: ثنا عطاء بن السائب إلى آخر الإسناد ولفظ متنه.

وأخرجه ابن حزم من طريق عبد الرحمن بن محمد المحاربي، عن عطاء بن السائب إلى آخره بلفظه إسناداً ومتناً، وزاد في آخره بعد قوله: ((ربع الكتابة)) ((يحطها عنه)) وعمران بن عنبسة، والمحاربي، وإن كانت روايتهما عن عطاء بعد الإختلاط فهي مؤيدة برواية ابن جريج قبل الاختلاط.

(364/2)

وأخرج ابن حزم - أيضاً - من طريق عبد الرزاق، عن سفيان الثوري، عن عبد الأعلى، أنا أبو عبد الرحمن السلمي، وشهدته كاتب عبده على أربعة آلاف، فحط عنه ألفاً آخر نجومه، ثم قال: سمعت علي بن أبي طالب يقول: {وَآتُوهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ } [النور: 33] الربع: مما تكاتبوهم عليه .

وأخرج - أيضاً - من طريق إسماعيل بن إسحاق القاضي، نا علي بن عبد الله هو المديني، نا المعتمر بن سليمان، عن ليث بن أبي سليم، عن مجاهد في قوله تعالى: {وَآتُوهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ } [النور: 33] قال: ربع الكتابة.

وأخرج - أيضاً - من طريق إسحاق بن راهوية، عن عبدالرزاق، نا ابن جريج، عن عطاء بن السائب، عن حبيب ابن أبي ثابت، عن عاصم بن أبي حمزة، عن علي بن أبي طالب، عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم، قال: {وَآتُوهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ } [النور: 33] قال: ((ربع الكتابة)).

ومن طريق الدبري، عن عبدالرزاق، نا ابن جريج، أخبرني عطاء بن السائب، أن عبد الله بن حبيب . هو أبو عبد الرحمن السلمي . أخبره عن علي بن أبي طالب، عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم: {وَآتُوهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ }[النور:33] قال: ((ربع الكتابة)).

ورواه ابن جريج قال: ثنا يعقوب بن إبراهيم قال: ثنا ابن علية، عن لقيط، عن عبد الأعلى، عن أبي عبد الرحمن السلمي، عن علي عليه السلام في قوله تعالى {وَآتُوهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ }[النور: 33] قال: ((الربع من أول نجومه)).

(365/2)

قال: أخبرنا ابن علية قال: نا عثمان بن السائب، عن أبي عبد الرحمن السلمي، عن علي عليه السلام، في قوله تعالى: {وَآتُوهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ } [النور: 33] قال: ((الربع من مكاتبته)).

ومن طريق محمد بن إسماعيل الأحمسي، قال: حدثنا محمد بن عبيد قال: ثنا عبد الملك بن أبي سليمان عن عبد الملك بن أعين، قال: كاتب أبو عبد الرحمن غلاماً في أربعة الآف درهم، ثم وضع له الربع قال: لولا أني رأيت علياً . رضوان الله عليه .كاتب غلاماً له، ثم وضع له الربع مَا وضعت لك شيئاً.

ومن طريق ابن المثنى قال: ثنا محمد بن جعفر، قال: ثنا شعبة، عن عبد الأعلى، عن أبي عبد الرحمن السلمي، أنه كاتب غلاماً على ألف ومائتين فترك الربع، وأشهدني، فقال لي: صديقك يفعل هذا . يعني علياً رضوان الله عليه . يقول: {وَآتُوهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ }[النور:33].

ومن طريق ابن حميد قال: ثنا جرير، عن عطاء، عن عبد الله بن حبيب . أبي عبد الرحمن السلمي . عن علي: {وَآتُوهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ } [النور: 33]. قال: ((هو ربع الكتابة)) . انتهى.

وفي (الجامع الكافي): وروى محمد بن منصور بلاغاً عن علي عليه السلام في قوله تعالى: {وَآتُوهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ }[النور:33] . قال: ((ربع مَا كاتبوهم عليه)) . انتهى.

(366/2)

والحديث روي مرفوعاً وموقوفاً كما في (التلخيص) وصحح المرفوع الحاكم، والبيهقي، وغيرهما، وصحح الموقوف النسائي والدارقطني، وجماعة من أئمة الحديث، فيحمل حديث (المجموع) مع سائر الروايات الموقوفة على الرفع، كما قرر في محله من الأصول، ولما ثبت أن الرفع زيادة يجب قبولها من العدل، وهي هنا من طريق أبي عبد الرحمن السلمي.

وقد وثقه غير واحد من أئمة الحديث وعلماء الجرح والتعديل، وهو يدل على استحباب حط المكاتِب ـ بكسر التاء ـ عن المكاتَب ـ بفتحها ـ ربع مال الكتابة، ويصبح المولى حراً بأداء نجوم ما بقي عليه من مال الكتابة، أو الإبراء، والإعتياض، لما سيأتي.

وفيه: بيان مجمل الإتيان، وبيان مال الله المذكورين في قوله تعالى: {وَآتُوهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ ..}[النور: 33].

وقد اختلف العلماء في الحط عن المكاتب هل مستحب؟ أو واجب؟ أو مندوب؟ وفي بيان مجمل الإتيان، وبيان مال الله المذكور في الآية؟

فذهبت طائفة من العلماء إلى ما دل عليه حديث الأصل أنه يستحب فقط، وهو قول أمير المؤمنين علي بن أبي طالب عليه السلام وفعله.

وبه قال أبو بكر، وعمر بن الخطاب في رواية، وعبد الله بن عمر وابن عباس في قول، وابن الزبير، وجمهور الصحابة، وأكثر أهل البيت وأئمتهم.

وبه قال أبو حنيفة، وأصحابه، وسفيان الثوري، وقتادة، ومجاهد في أحد قوليه، والسلمي، وعاصم بن ضمرة، وعطاء بن السائب، وأبو سعيد مولى أسيد، والهادي، وأكثر الزيدية، والهادوية.

ورجح للمذهب وهو قول مالك، ذكره في (الانتصار) و(البحر).

واختلفوا في القدر الذي أمر الله بإتيانه المكاتب في الآية المذكورة، وفي كون ذلك من مال الكتابة أو من غيرها، وهل ذلك على السيد أو غيره وفي أول نجوم الكتابة أو في آخرها، وسيأتي الكلام على كل ذلك إن شاء الله.

وذهبت طائفة من العلماء إلى الوجوب، وبه قال عمر بن الخطاب في رواية، وهو أحد أقوال مالك، وبه قال الشافعي، والحسن البصري، وأبو سليمان، والنخعي، والظاهرية، وابن حزم، ومن تابعهم.

ثم اختلفوا في الوجوب: هل على السيد من غير مال الكتابة أو منها؟ في أول عقدها أو

بعدها؟ معيناً أو غير معين؟ أم على غيره؟.
فالأكثر: على أنه واجب يجبر عليه السيد في أول عقد الكتابة من غير مال الكتابة.
وابن حزم، قال: ((وفرض علي السيد أن يعطي المكاتب مالاً من عنده ما طابت به نفسه مما يسمى مالاً في أول عقد الكتابة، ويجبر السيد على ذلك، فلو مات السيد قبل أن يعطوه كلف الورثة ذلك من رأس المال مع الغرماء، ونسب إلى الشافعي، وأبي سليمان)) . انتهى.
قلت: هو في أحد قولي الشافعي، وبه قالت الظاهرية، قال ابن حزم: ((إلا أن الشافعي رأى قوله تعالى: {فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا }[النور:33] على الندب، وقوله تعالى: {وَآتُوهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ }[النور:33] على الوجوب.
وهذا تحكم، وكلا الأمرين لم نجد فيه عز، أما أحدهما فموكول إلى السيد، والآخر موكول إليه إلى العبد بالمعروف مما لا حيف فيه ولا مشقة ولا حرج عليهما وما لا غبن فيه على السيد، ولا إضاعة لماله)).

(368/2)

قال ابن حزم . أيضاً .: (وقال الشافعي: يجب أن يضع عنه بعد الكتابة أقل ما يقع عليه اسم شيء، ولو مات المولى قبل أن يضع عنه وضع الحاكم عنه أقل ما يقع اسم شيء)، وقال في (المنحة): ((وقال الشافعي: يجب على السيد يحط من كتابته شيئاً ولو حبة من ذهب، وفي (الكافي) عن مالك: يجب على السيد أن يحط عن عبده الربع)) . انتهى.
ومنهم من ذهب إلى أن الوجوب على السيد وغيره، نسبه ابن حزم إلى عمر بن الخطاب، والحسن البصري، والنخعي.
قلت: ونسبه ابن مفتاح إلى مالك، قال ابن حزم: كما روينا من طريق سعيد بن منصور، نا هشيم، عن يونس والمغيرة، قال يونس عن الحسن، وقال المغيرة عن إبراهيم، ثم اتفقا في قوله تعالى: {وَآتُوهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ } [النور: 33] قال: أمر الله مولاه والناس أن يعينوا المكاتب، فيجب عليهم أن يبذلوا للمكاتبين شيئاً من أموالهم، أو يحطوا عنهم من مال الكتابة.
وفي (المحلى) لابن جرير، قال: أخبرنا ابن وهب، قال: قال مالك: سمعت بعض أهل العلم يقول: إن ذلك أن يكاتب الرجل غلامه، ثم يضع عنه من آخر كتابته شيئاً مسمى، قال مالك: وذلك آخر ما سمعت، وعلى ذلك عمل الناس عندنا.

(369/2)

ومن طريق الحجاج بن المنهال: نا المبارك بن فضالة، حدثني أخي، عن جدي عبيد الله الجحدري، قال المبارك: وحدثني ميمون بن جابان، عن عمي، عن جدي، قال: سألت عمر بن الخطاب المكاتبة، قال لي: كم تعرض؟ قلت: مائة أوقية، قال: فما استزادني؟ قال: فكاتبني، وأرسل إلي حفصة . أم المؤمنين . أني كاتبت غلامي، وأردت أن أعجل له طائفة من المال، فأرسلي إلي بمائتي درهم إلى أن يأتيني شيء، فأرسلت بها إليه فأخذها عمر بيمينه، وقرأ: {وَالَّذِينَ يَبْتَغُونَ ..} [النور: 33] إلى قوله: {مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ}[النور:33] خذها بارك الله فيها . انتهى.

وذهبت طائفة: إلى أنه مندوب، ولا يجبر عليه السيد ولا غيره، ونسبه ابن حزم وغيره إلى أبي حنيفة وأصحابه ومالك، كما في (الانتصار) و(البحر) وبه قال المحقق الجلال، ونسبه إلى أبي حنيفة، ويروى عن الحسن، والنخعي، والمشهور عنهما ما تقدم، وابن عباس في رواية عطاء في قوله تعالى: {وَآتُوهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ } [النور: 33] أنه حث للسيد وغيره أن يعينوا المكاتب.

والمراد: أعطوهم سهمهم الذي جعل الله من بيت المال، قال ابن حزم: وروينا هذا القول أنه حث عليه السيد وغيره عن بريدة الأسلمي من طريق فيها الحسن بن واقد، وهو ضعيف.

والطائفة الأولى اختلفت: فمنهم من قال: من غير مال الكتابة غير معين على غير السيد، وهو الهادي ومن تابعه، وحمل قوله تعالى: {وَآتُوهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ } [النور: 33]: إنهم يعطون من الزكاة ما يستعينون به على الكتابة، ذكره في (المنحة).

(370/2)

وذكر في (الكواكب): إن الإتيان المذكور في القرآن هو من الزكاة يعانون منها على أداء مال الكتابة، ومن عداه قالوا: أنه مقدر.

ثم اختلفوا: فمجاهد قال: من مال المولى يعجله من ماله ربع مكاتبته، وروي عن عمر بن الخطاب: ((أول نجم يضعه عنه)) قال ابن حزم: كما روينا من طريق وكيع، أنا ابن شبيب، عن عكرمة، عن ابن عباس، أن عمر بن الخطاب كاتب مولىً له، يقال له: أبو أمية، فجاءه بنجم حين هل، فقال له عمر: يا أبا أمية اذهب فاستعن به، فقال: يا أمير المؤمنين لو كان هذا آخر نجم فقال عمر: لعلى لا أدركه ، قال عكرمة: ثم قال: {وَآتُوهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ } [النور: 33] . انتهى.

قلت: واسم أبي أمية . عبد الله . وعن ابن عباس أنه مقدر من مال الكتابة غير معلوم، ومثله عن عطاء، وابن سيرين، لما روى ابن جرير، عن محمد بن سعد، قال: حدثني عم، قال: حدثني أبي قال: حدثني أبي عن أبيه، عن ابن عباس: {وَآتُوهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ }[النور:33] قال: ((ضعوا مما قاطعتم عليه)).

وروى ابن حزم . أيضاً .: حدثني علي، ثنا أبو صالح، قال: ثنا معاوية، عن علي، عن ابن عباس، {وَآتُوهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ }[النور:33] قال: ((ضعوا عنهم من مكاتبتهم)). انتهى.

وأخرج ابن حزم من طريق أبي كريب، قال: ثنا أبو إدريس، قال: سمعت عبد الملك بن أبي سليمان، عن عطاء في قوله تعالى: {وَآتُوهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ } [النور: 33] قال: مما أخرج لكم منهم . انتهى.

(371/2)

وروي عن ابن سيرين في قوله تعالى: {وَآتُوهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ }[النور:33] قال:كان يعجبهم أن يدعوا له طائفة من مكاتبته.

ومنهم من قال: إنه مقدر على السيد من مال الكتابة.

ثم اختلفوا: فالذي قاله أمير المؤمنين علي بن أبي طالب وفعله، أنه يستحب أن يحط عنهم ربع مال المكاتبة، وبه قالت الهادوية، ومجاهد، والسلمي، وعاصم بن ضمرة.

وروي عن عطاء بن السائب، لدلالة حديث الأصل وشواهده، وروي عن مجاهد أنه قال: ((يعطيه ربعاً من جميع مكاتبته يعجله من ماله)) ولم يفرق بين الكتابة الحالة والمؤجلة.

وعن سفيان الثوري، ومن تابعه: أنه يعطي الربع أو أقل منه شيئاً، لما أخرجه ابن جرير، قال: ثنا سفيان، قال: ((أحب أن أعطيه الربع أو أقل منه شيئاً)) وقيل: السدس يحط عنه من مال الكتابة، لما رواه ابن جرير قال: ثنا مجاهد بن موسى، قال: ثنا يزيد، قال: أخبرنا أبو مسعود الجريري، عن أبي نضرة، عن أبي سعيد . مولى أبي أسيد . قال: كاتبني أبو أسيد علي اثنتي عشرة مائة فجئته بها فأخذ منها ألفا ورد علي مائتين.

وقال جماعة من العلماء: أنه يحط عنه السبع من مال الكتابة، وبه قال ابن عمر، لما رواه ابن جرير، قال: أخبرنا ابن وهب قال: أخبرني مخرمة، عن أبيه، عن نافع: قال كاتب عبد الله بن عمر غلاماً له . يقال له: شرف . على خمسة وثلاثين ألف درهم، فوضع في آخر كتابته خمسة آلاف وهو السبع، ولم يذكر نافع أنه أعطاه شيئاً غير الذي وضع له .

وذكر في (التلخيص) حديث ابن عمر أنه كاتب عبداً له على خمسة وثلاثين ألف درهم، وحط عنه خمسة آلاف.

(372/2)

مالك في الموطأ بهذا، وأخرجه البيهقي من طريق أيوب عن نافع، عن ابن عمر، وقال قتادة ومن تابعه: أنه يحط عشر مال الكتابة؛ لما أخرجه ابن حزم من طريق عبد الرزاق، عن معمر، عن قتادة، في قوله تعالى: {وَآتُوهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ }[النور:33] قال: العشر يترك له من كتابته.

وأخرج . أيضاً . من طريق الحسين بن عمر والعنقزي، قال: حدثني أبي، عن أسباط، عن السدي، عن أبيه، قال: كاتبتني زينب بنت قيس بن مخرمة . من بني عبد المطلب بن عبد مناف . على عشرة آلاف، فتركت لي ألفاً، وكانت زينب قد صلت القبلتين . انتهى.

احتج الأولون بحديث الأصل وشواهده، واحتج من قال: بالوجوب بظاهر صريح قوله تعالى: {وَآتُوهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ }[النور:33] قالوا: فهذا أمر لا يجوز تعديه، بما تقدم عن عمر وابن عباس من الأدلة.

واحتج القائلون بأن الإتيان من مال الله أنهم يعطون من الزكاة بقوله تعالى في آية الصدقة {وَفِي الرِّقَابِ ..}[التوبة:60] وتقدم في شرح (باب العتاقة) في (فضل العتق): أن رجلاً قال للنبي صلى الله عليه وآله وسلم علمني عملاً يدخلني الجنة، قال: ((اعتق الرقبة، وفك النسمة)) إلى أن قال: ((وفك الرقبة أن تعين في ثمنها)) .

(373/2)

وهذا يدل على أن قوله: {وَفِي الرِّقَابِ..} [التوبة:60] قد اقتضى إعطاء المكاتب، فاحتمل أن يكون قوله تعالى: {وَآتُوهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ }[النور:33] دفع الصدقات الواجبة، وأفاد بذلك جواز دفع الصدقة إلى المكاتب، ولو كان مولاه غنياً، لدلالة أنه أمر بإعطائه من مال الله وهو ما كان سبيله الصدقة، وصرفه في وجوه القرب.

وهو يدل على أنه أراد مالاً هو ملك لمن أمره بإتيانه، وإن سبيله الصدقة الواجبة في الأموال؛ لدلالة قوله: {مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ }[النور:33] وهو الذي قد صح ملكه للمالك، وأنه أمر بإخراج بعضه، ومال الكتابة ليس بدين صحيح للسيد على عبده، لأن المولى لا يثبت له

على عبده دين صحيح.

واحتج القائلون: بأنه على الندب، بحديث سلمان الفارسي عند ابن حزم وغيره، وفيه: أنه دفع جميع مال الكتابة إلى مولاه.

وفي رواية: أنه كاتبه على غرس ثلاثمائة نخلة، وأربعين أوقية من الذهب، فاستعان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم، فجاء رسول الله فغرسها بيده المباركة، فقامت الغروس كلها، وقضى عنه الذهب.

وبحديث عائشة ـ أم المؤمنين ـ عند ابن حزم، وغيره: أن جويرية ـ أم المؤمنين ـ وقعت في سهم ثابت بن قيس، أو ابن عم له، فكاتبها، فأتت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم تستعينه، فقال لها ـ عليه الصلاة والسلام ـ : ((أو خير من ذلك أقضي عنك كتابتك وأتزوجك)) قالت: نعم، قال: ((قد فعلت)) ثم قضى رسول الله عنها جميع كتابتها إلى مولاها.

(374/2)

قالوا: ولم يذكر في هذين الخبرين الحط لبعض مال الكتابة، ولا أمر رسوله المولى بأن يعطى شيئاً من ماله، بل قضى جميع كتابتها.

وأخرج ابن حزم من طريق سليم بن أبي مريم، عن غلام عثمان بن عفان، قال: كاتبني عثمان ولم يحطّ عني شيئاً، ومما احتجوا به حديث بريرة، أخرجه ابن حزم، والشيخان، وغيرهم من طريق يونس، والليث، عن الزهري، عن عروة، عن عائشة، قالت: جاءتنى بريرة بنت صفوان فقالت: يا عائشة إني قد كاتبت أهلي على تسع أواق، وفي كل عام أوقية، فأعينيني، ولم تكن قد قضت من كتابتها شيئاً، فقالت لها عائشة: ارجعي إلى أهلك، فإن أحبوا أن أعطيهم ذلك جميعاً ويكون ولاك لي، فأبوا، وقالوا: إن شاءت أن تحتسب عليك فلتفعل، ويكون ولاك لنا، فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وآله وسلم، فقال: ((لا يمنعك منها، ابتاعي، واعتقي ، فإنما الولاء لمن أعتق...)) الحديث.

فلما لم يكن قد قضت من كتابتها شيئاً، وأرادت عائشة أن تؤدي عنها كتابتها كلها، وذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وآله وسلم، وترك رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم النكير عليها، ولم يقل: إنها تستحق أن يحط عنها بعض كتابتها، أو أن يعطيها المولى شيئاً من ماله، ثبت أن الحط من مال الكتابة على الندب، لا على الإيجاب، إذ لو كان واجباً لأنكره صلى الله عليه وآله وسلم، إذ هو في موضع البيان، ولقال لها: ولم تدفعي إليهم مالاً يجب لهم عليها.

(375/2)

قال أبو بكر بن العربي: ظاهر قول ابن سيرين كان يعجبهم أنه أراد به الصحابة، وكذا قول إبراهيم كانوا يكرهون، وكانوا يقولون إذا قال ذلك التابعي أنه أرد الصحابة، واختاره جمهور علماء الأصول والحديث، فقول ابن سيرين يدل على أن ذلك كان عند الصحابة على الندب، لا على الإيجاب، لأنه لا يجوز أن يقال في الإيجاب كان يعجبهم.

واحتج مجاهد بأن (الإيتاء) في الآية هو (الإعطاء) إذ القصد الإعانة، ولذلك فسر الصحابة (الإيتاء) بـ(الإعطاء).

قالوا: كلام الشافعي بأن الوضع بعد الكتابة خلاف موجب الآية من وجوه:

الأول: أنه إذا وضع عنه لم يحصل مالاً لله قد آتاه المولى.

الثاني: أن ما آتاه هو الذي يحصل في يده، ويمكنه التصرف فيه، والوضع بعد العقد لا يمكنه التصرف فيه، ولم يحصل له عليه يد، بل لا يستحق الصفة أنه من مال الله الذي آتاه إياه.

الثالث: أنه لو كان الإيتاء واجباً، لكان وجوبه متعلقاً بالعقد، فيكون العقد هو الموجب، وهو المسقط له، وذلك مستحيل؛ لأنه لو كان العقد يوجبه وهو بعينه مسقط استحال وجوبه، لتنافي الإيجاب والإسقاط، لا يقال أن الرجل إذا زوج أمته من عبده أنه يجب عليه المهر بالعقد ثم يسقط عنه، فالموجب له هو المسقط، ولم يكن مستحيلاً، لأن الموجب له هو العقد، والمسقط له حصول ملكه للمولى، فالموجب له غير المسقط له، كما قيل فيمن اشتراه أباه أو رحمه من النسب عتق عليه بنفس الشراء، فالموجب للملك هو الشراء، والموجب للعتق حصول الملك من النسب، ولم يكن الموجب له هو المسقط له.

(376/2)

قال أبو بكر: فلو كان الحط واجباً لما احتاج أن يضع عنه، بل يسقط القدر المستحق، كمن له على إنسان دين ثم صار للمديون عليه مثله تساقطا، ومهما كان كذلك فالكتابة مجهولة، لأن الباقي بعد الحط مجهول كمن كاتب عبده على مائة درهم إلا شيء، وذلك غير جائز، وكذلك لو كان الإتياء معلوماً كمن كاتب عبده على أربعة آلاف درهم، فالواجب أن تكون الكتابة على ما بقي منها فيعتق بأداء ثلاثة آلاف درهم، والكتابة على أربعة آلاف، وذلك فاسد، لوجهين:

الأول: أنه لا يصح الإشهاد على الكتابة بأربعة آلاف، ولا معنى لذكر شيء لا يثبت.

الثاني: أنه يعتق بأقل مما شرط عليه وهذا فاسد، لأن عتقه مشروط بأداء جميع مال الكتابة، فلا يعتق بأداء البعض، والمروي عن الشافعي أن المكاتب عبد ما بقي عليه درهم، فالواجب أن لا يستحق شيء ولو كان واجباً لسقط.

ورد بما روي عن عطاء بن السائب، عن أبي عبد الرحمن: أنه كاتب غلاماً له، فترك له ربع مكاتبته، وقال: إن علياً كان يأمرنا بذلك، ويقول: هو قول الله: {وَآتُوهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ }[النور:33] والأمر يدل على الوجوب.

أجيب: بأن هذا يدل على أنهم لم يروا ذلك واجباً، وأنه على جهة الندب، إذ لو كان واجباً عندهم لسقط بعد عقد الكتابة هذا القدر، لاستحقاق المكاتب له، ولم يكن المولى يحتاج إلى أن يعطيه شيئاً.

وفي (البحر): قلنا: الحط في سائر العقود لا يجب، فاقتضى القياس، كون الأمر للندب، قالوا: روي عن علي، وابن عباس، وابن عمر، قلنا: اجتهاد . انتهى.

(377/2)

فإن قيل: إن الكتابة إذا كانت مؤجلة فيجب على المولى أن يعطيه من ماله مقدار الربع معجلاً، ليكون من مال الكتابة إلى أجله، فلا يسقط ما يستحقه المكاتب من مال الكتابة.

فقد أجيب بأن الآية الكريمة لم تفرق بين الكتابة الحالة والمؤجلة، وكذلك من يُروى عنه من السلف الحط والإيتاء، لم يفرقوا بين الحالة والمؤجلة فعلمنا أنه لم يرد به الإيجاب، إذ لم يجعله عما يستحقه إذا كانت حالة أو كانت مؤجله فحلت.

ويجاب عن مجاهد: إن الحط والوضع من مال الكتابة لا يطلق فيه الإتياء الذي هو الإعطاء ورد بأن القصد الإعانة، ولذلك فسر الصحابة الإيتاء: بالإعطاء.

وأجاب القائلون بالوجوب:

بأن مالك سلمان يهودي من بني قريظة غير ذمي بل مُنابذاً لا تجري عليه أحكام الإسلام، ولا متعلق لهم أصلاً لمخالفتهم له فيما أجازه نص الرسول الله صلى الله عليه وآله وسلم من إحياء ثلاثمائة نخلة وأربعين أوقية من الذهب إلى غير أجل مسمى ولا مقبوضة، لأنهم لا يجيزون شيئاً من هذا.

وخبر جويرية ليس فيه على ما كاتبها، ولا هل كانت إلى أجل أم إلى غير أجل، فيلزم من هذا أن يكون حجة في إجازة الكتابة إلى غير أجل وكل كتابة أفسدوها، إذ لم يذكروا فيها إيتاء المال فليس فيه أنها لم تؤت المال فلا متعلق لهم به فكيف وهي كتابة لم تتم بلا شك، لأنه

لم يقل أحد بأن جويرية كانت مولى لثابت، ولا لابن عمه، بل قد صح أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أعتقها وتزوجها وجعل عتقها صداقها.
وخبر بريرة اشترتها عائشة، فلم تتم الكتابة.

(378/2)

قلت: لعل الحجة في قوله صلى الله عليه وآله وسلم لجويرية: ((اقض عنك كتابتك))، وفي تقريره صلى الله عليه وآله وسلم، لقول عائشة لبريرة: ((ارجعي إلى أهلك ، فإن أحبوا أن أعطيهم ذلك جميعاً)) وإلا فكلامهم مدفوع، لأنه لو كان الإيتاء فرضاً لكان محدود القدر.
قال ابن حزم: فقلنا: من أين قلتم هذا؟ وما المانع من أن يفرض الله علينا عطاء يكله إلى اختيارنا؟ وأي شيء أعطيناه كنا قد أدينا ما علينا، وهلا قلتم في المتعة التي يراها الحنفيون، والشافعيون، فرضاً، وهي غير محدودة القدر، وفي الخراج المضروب على الأرض المفتتحة عنوة، وهو عند المالكية فرضاً غير محدود القدر، وكما قالوا فيما أوجبوا فيه الحكومة فرضاً من الخراج، وهي غير محدودة القدر.
وأجيب: بأن مع جهالة الإيتاء يكون ما بقي هو مال الكتابة مجهولاً، فلا تصح الكتابة، وليست المتعة والخراج كذلك، وكذلك لو كان الإيتاء معلوماً يلزم عتقه إذا بقي ذلك وليس ذلك بالاتفاق.
وأيضاً أمرنا بالإيتاء من مال الله ومال الكتابة ليس بدين صحيح، لأنه يصدر العجز عنه، فلا يستحق ذلك المال هذا الوصيف، فصح أن هذا أمرٌ من الله أن يعينوا المكاتب على كتابته بما يمكنهم، قال صلى الله عليه وآله وسلم: ((من أعان مكاتباً في فك رقبته أظله الله في ظل عرشه)) . انتهى.

(379/2)

ذكره الحافظ بن حجر في (التلخيص) وأجابوا عن حجة من ذهب إلى سهم الصدقة بأنه لا يحل للسيد إذا كان غنياً أو هاشمياً، قالوا: هو لها صدقة، وللمولى عوض، كما في قوله صلى الله عليه وآله وسلم في ما أعطى لبريرة من الصدقة، وأهدته لعائشة، فقال صلى الله عليه وآله وسلم: ((هو لها صدقة، ولنا هدية)) .
وبه قال ابن حزم، قال: وهو أولى القولين عندي، وإنما قلنا ذلك؛ لأن قوله: {وَآتُوهُمْ مِنْ مَالِ

اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ }[النور:33] آتى أهل الأموال، وأمر الله فرض على عباده الإنتهاء إليه، ما لم يخبرهم أن مراده الندب، لما قد بينا في غير موضع من كتابنا، فإذا كان ذلك كذلك، ولم يكن أخبرنا الله في كتابه ولا على لسان رسوله أنه ندب أو فرض واجب، وإذا كان كذلك وكانت الحجة قد قامت أن لاحق لأحد في مال غيره من المسلمين إلا ما أوجبه الله لأهل سهمان الصدقة في أموال الأغنياء منهم، وكانت الكتابة التي يقضيها سيد المكاتب من مكاتبته حالاً في مال سيد المكاتب فيها، وإن الحق الذي أوجبه الله على المؤمنين أن يؤتوه من أموالهم هو ما فرض على الأغنياء في أموالهم له من الصدقة المفروضة، أو كان لا حق في أموالهم لأحد سواها . انتهى.

قال ابن حزم: وأما قوله: ((أنه أمر للسيد، وغيره)) فباطل؛ لأنه معطوف على قوله: {فَكَاتِبُوهُمْ}[النور: 33] فصح ضرورة أن المأمورين بالكتابة لهم هم المأمورون بإيتائهم من مال الله لا يفهم أحد من هذا الأمر غير هذا، فظهر فساد قولهم، وتحكمهم في الدعوى بلا دليل.

(380/2)

قالوا: روى من طريق الحسن بن واقد، عن بريدة الأسلمي، وغيره: أنه حث عليه السيد وغيره، ورد بأن بريدة ضعيف . انتهى.

ويؤيد عدم الوجوب ما أخرجه ابن حزم من طريق محمد بن بكر، نا أبو داود، نا محمد بن المثنى، ثنا عبد الصمد، نا همام، نا عباس الجريري، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده: أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم، قال: ((أيما عبد كاتب على مائة أوقية فأداها إلا عشر أواق ، فهو عبد، وأيما عبد كاتب على مائة دينار فأداها إلى عشرة دنانير، فهو عبد)) .

ومن ذلك ما أخرجه النسائي، وأبو داود، والحاكم من طرق حديث ((المكاتب قن))، وفي بعضها: .(([المكاتب] عبد ما بقي عليه درهم)) . انتهى.

ولفظ: (قن) بدل (عبد) في بعض نسخ الرافعي، قال: ولا أعرفها، فلو كان الحط واجباً لأسقط عنه بقدره، وفي كل ذلك دلالة على عدم الوجوب، ويشهد لذلك ما ذكره في (التلخيص) حديث ((من أعان غارماً، أو غازياً ، أو مكاتباً في كتابته، أو وضع عنه، أظله الله في ظله يوم لا ظل إلا ظله)).

الحاكم من حديث سهل بن حنيف بلفظ: ((من أعان مجاهداً في سبيل الله ، أو غارماً في

عسرته، أو مكاتباً في رقبته أظله الله يوم لا ظل إلا ظله)) ، والبيهقي عنه به، وقال: صحيح الإسناد . انتهى.

(381/2)

والظل هنا مجاز عن الرحمة . أي رحمة الله . يوم لا رحمة إلا رحمته، وفي (فتح الباري): أي لطف به لطفاً يقربه من الجنة ويبعده من النار، فدل على أن إعانته من غير السيد والواضع من السيد مندوب لدلالة قوله: ((أظله الله)) ولاقترانه، والغارم، والكل يدل على استحباب الإعانة، وهو الذي دل عليه منطوق حديث (المجموع) وعلى فضل الكتابة.

قال في (المنحة): ومرجع الخلاف، هل الأمر في الآية للسادة المؤمرين بالكتابة، أو لكافة السادة، أنهم يعينون المكاتبين فللإحتمال وقع الاختلاف، إلا أن الظاهر أنه للسادة، لأن الضمائر قبله وبعده لهم، وكلام المصنف في (البحر) ظاهر في أن الخطاب للسادة بالإيتاء، إلا أنه حمله على الندب، بقرينة أنه لا يجب الحط في سائر العقود . انتهى.

إذا عرفت ما أسلفنا من الأقوال والحجج وما دل حديث (المجموع) وما ثبت أنه روي موقوفاً ومرفوعاً عن علي عليه السلام، فالأشبه بأمور الدين، والأدخل في السلامة الرفع.

وتقدم تصحيح الحاكم، والبيهقي، لرواية الرفع، ولأن مثل هذه المسألة لا تقال بالرأي لشمول حجية هذا الخبر من يقول أنه لا حجة في أحد دون رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم.

قال ابن حزم: لقد كان أشبه بأمور الدين أن تقول الحنفيون بقول علي في هذه المسألة، وأن يقولوا مثل هذا لا يؤخذ بالرأي ..

إلى أن قال: فإن قيل: فلم لم تأخذوا بهذا الحديث؟

(382/2)

قلنا: لأن ابن جريج لم يسمع من عطاء بن السائب، إلا بعد اختلاط عطاء، روينا من طريق العقيلي، نا إبراهيم بن محمد، نا سليمان بن حرب، نا أبو النعمان، عن يحيى بن سعيد القطان، قال: تغير حفظ عطاء بن السائب بعد، وحماد بن زيد سمع منه قبل أن يتغير.

ومن طريق العقيلي، نا محمد بن إسماعيل، نا الحسن بن علي الحلواني، نا علي . هو ابن المديني . قال: كان يحيى بن سعيد القطان لا يروي حديث عطاء بن السائب، إلا عن شعبة، وسفيان.

قلت: ورواية ابن جريج قد توبع عليها من طريق عبد الأعلى، وحماد بن زيد، وحديث المجموع مؤيد لكل ذلك ومعتضد بها، فثبت صحة الإحتجاج بها، وحملها على الرفع لما ذكرنا، ولأن الرفع زيادة مقبولة لثبوتها من طريق من قد عرفت بثبوت عدالته.

واعلم أن أقل مال الكتابة ما يطلق عليه اسم المال، ولا حد لأكثره، ولابد في عقدها من التنجيم لمعرفة ما يترتب عليه من ثبوت الحرية، أو البقاء في الرق.

وإلى ذلك أشار الإمام عليه السلام بقوله:

(383/2)

[أعذار المكاتب وكيفية إثبات إعجازه]

حدثني زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي عليه السلام: ((أنه كان لا يقضي بعجز المكاتب، حتى يتوالى عليه نجمان)).

البيهقي في (باب عجز المكاتب): بإسناده عن الشعبي، عن الحارث، عن علي رضي الله عنه، قال: ((إذا تتابع على المكاتب نجمان فلم يؤد نجومه رد في الرق)) انتهى.

هذا هو معنى حديث أبي خالد - رحمه الله - وضعفه البيهقي، قال في (التخريج): لعل البيهقي ضعف الرواية بأنها من رواية حجاج بن أرطأة، عن الحصين، عن الشعبي، وحجاج بن أرطأة فيه ضعف، قال ابن حجر في (التلخيص): ((صدوق، كثير الخطأ والتدليس)) - انتهى.

قلت: وذكر في (التلخيص) حديث علي: ((الكتابة على نجمين)) قال ابن أبي شيبة: ثنا عباد بن العوام، عن حجاج، عن حصين الحارثي، عن علي عليه السلام، قال: ((إذا تتابع على المكاتب نجمان فلم يؤد نجومه رد إلى الرق)) - انتهى.

وفي إسناده الحجاج بن أرطأة، قال ابن حزم: ((هالك)) وضعفه البيهقي، وغيره من أئمة الجرح والتعديل.

وتقدم كلام ابن حجر في (التلخيص): ((أنه صدوق، كثير الخطأ والتدليس)) وما فيه من الضعف منجبر برواية (المجموع).

وحكى في (أصول الأحكام): عن زيد بن علي عن أبيه، عن جده، عن علي عليه السلام، ولفظه: قال: ((لا يقضي بعجز المكاتب حتى يتوالى عليه نجمان)) - انتهى.

وذكره في (تخريج البحر) بلفظه سنداً ومتناً، وكذاك هو بلفظه في (المنهاج الجلي).

والحديث دلالته واضحة في ثبوت القضاء على المكاتب بعجزه بمضي النجمان، فلم يؤد فيهما ما كوتب عليه للسيد، فيرد في الرق.

ويدل ـ أيضاً ـ على شرعيّة التأجيل والتنجيم في عقد الكتابة لتأدية ما كوتب عليه للسيد، فيعتق بالوفاء فيهما، أو العجز فيرد في الرق، وظاهر الخبر: إن النجمين اسم للأجل المسمى فيهما تأدية ما كوتب عليه لثبوت حريته.

ويستفاد من دلالة الخبر: أنه لا يقض عليه بالعجز بتوالي نجم واحد، وأنه ليس للسيد ولا للمكاتب فسخ الكتابة والرجوع إلى الرق قبل التعجيز، ولا يتوالى نجم واحد، ولا يتوالى النجمان إلا بعد القضاء عليه بالعجز بعد توالي النجمان فلم يؤد ما كوتب عليه فيرد في الرق، وسواء كانت النجمان بالساعات، أو الأيام، أو الأشهر، أو السنين.

وقد اختلف السلف والخلف في التأجيل والتنجيم في عقد الكتابة، وفي عدد النجوم:

فذهب أمير المؤمنين علي بن أبي طالب، وعثمان بن عفان، وابن عمر، وجمهور الصحابة، وأكثر التابعين وزيد بن علي والمزني، والليث: إلى أن التأجيل والتنجيم شرط، وأن الكتابة على نجمين، ونسبه في (البحر) إلى المؤيد بالله، وأبي طالب، وأبي العباس.

والشافعي قال: ((وأقله نجمان)) قيل: ((ولو في ساعتين)) وقيل: ((بل أقل أجل السلم))

قلت: وهو قوي ـ انتهى.

وكلام البخاري في صحيحه يدل على القول منه بذلك، قاله الحافظ ابن حجر، واشتهر عن الصحابة فمن بعدهم، قولاً وفعلاً: ((إن الكتابة على نجمين)).

وذكره في (التخليص) قال: رواه البيهقي من فعل عثمان وابن عمر، وذكره الرافعي عن علي عليه السلام.

ورواه المزني عن الشافعي، أنه قال: ((لا تجوز الكتابة على أقل من نجمين)) وفي (التلخيص) ـ أيضاً ـ حديث عثمان: أنه غضب على عبد له، فقال: ((لأعاقبنك أو لأكاتبنك على نجمين)).

البيهقي: من طريق مسلم بن أبي مريم، عن رجل قال: كنت مملوكاً لعثمان، فذكره مطولاً، وفيه قصة للزبير معه ـ انتهى.

وذكر في (الجامع الكافي): في أن أقلها نجمين عند الإمام زيد بن علي، وبه قالت الهدوية، ورجحه المذاكرون للمذهب، قالوا: ((أقله نجمان، ولا حد لأكثره)).

وقال ابن حزم: إنها تجوز على نجم أو نجمتين أو أكثر، وعلى مال جائز تملكه، وعلى عمل

فيه إلى أجل مسمى وغير مسمى، حالاً أو في الذمة، وكنا قبل نقول إلى نجمين فصاعد، حتى وجدنا ما حدثناه من طريق ابن عباس، عن سلمان الفارسي، وفيه: ((كاتبني على أن أحيي له ثلاثمائة نخلة، وأربعين أوقية من ذهب..)) الحديث.

وذهبت الحنفية، والمالكية، وزفر، وأبو يوسف، ومحمد، ونسبه في (البحر) إلى الناصر، وتخريج المؤيد بالله، وأبي حنيفة، ومالك:

إلى عدم اشتراط التنجيم، وجواز الكتابة الحالة، واختاره بعض الشافعية كالروياني، فإن أداها حين طلبها المولى منه، وإلا رد في الرق، وللمحققين الجلال، والشوكاني من العلماء: إلى أن التنجيم في الكتابة جائز.

ولأبي حنيفة قول، على اعتبار الكتابة على نجم واحد.

(386/2)

احتج الأولون بحديث الأصل وشواهده، وبأنه عقد رقاق، ومن تمام الرقاق التنجيم، وفي (التلخيص) حديث عائشة: ((الكتابة على نجمين)) وبأن التنجيم والتأجيل شرط في الكتابة، بأنها وردت عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم، بلفظ: ((الكتابة على نجمين)).

وفي (الغيث) استدل على التنجيم لورودها منجمة، وأنها على خلاف القياس، فتقر حيث وردت، قالوا: ويجب الوقوف مع التسمية بناءً على أن الكتابة مشتقة من الكتب والضم، يقال: كتبت القرية أي جمعت رأسها، وضممت بعضها إلى بعض، وأقل ما يحصل به الضم نجمان، ولأنه أمكن لتحصيل القدرة على الأداء.

وقال الليث: ((إنما جعل التنجيم على المكاتب شرط في الكتابة رفقاً بالمكاتب، ولم يجعل ذلك رفقاً بالسيد)).

وروي عن مالك في رجل قال: ((كاتبوا عبدي على ألف)) ولم يضرب لها أجلاً: أنها تنجم على المكاتب على قدر ما يؤدي من كتابة مثله وقدر قوته، ولأن العبد لا يملك قبل عقد الكتابة فلا يتصور له ملك يؤديه في الحال.

وفي البخاري في (ترجمة باب الكتابة) ما يشعر باشتراط التنجيم، قال في (فتح الباري): ((وعرف من الترجمة اشتراط التأجيل في الكتابة، وهو قول الشافعي وقوفاً مع التسمية، بناء على أن الكتابة مشتقة من الضم وهو ضم بعض النجوم إلى بعض، وأقل ما يحصل من الضم نجمان، وبأنه أمكن لتحصيل القدرة على الأداء)) .

(387/2)

واحتج الإمام زيد بن علي، ومن معه ممن قال: ((أقلها نجمان ولا حد لأكثرها)) بما ذكرنا من أنها مشتقة من الكتب ـ بمعنى الضم ـ وأقل ما يحصل به الضم نجمان، والإيفاء في الثالث، وبحديث بريرة من طريق عائشة، وفيه: ((كاتبت أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية)) أخرجه البخاري، ومسلم وأبو داود، والترمذي، وابن حزم، وغيرهم.

واحتج من قال بأن التنجيم جائز بالإجماع على جوازه، وذكره الجلال في (ضوء النهار) وفي (المنحة): لأن الظاهر أنه لم تقع من السلف إلا منجم.

واحتج أبو حنيفة ومن معه بحديث جويرية السالف ذكره، ولم يذكر التنجيم وبالإطلاق، ومقتضى قوله تعالى: {فَكَاتِبُوهُمْ..}[النور: 33] الآية ولم يفصل، فتجوز حالة ومؤجلة؛ لإطلاق ذلك من غير شرط الأجل، والاسم يتناولها في حال التأجيل والتعجيل، كالبيع، والإجارة، وسائر العقود.

فهي جائزة حالة لعموم اللفظ، ولحديث سلمان، ولم يذكر صلى الله عليه وآله وسلم تأجيلاً، وما أدى معناه، وبأن التأجيل رفقاً بالمكاتب لا بالسيد، فإذا قدر المكاتب على ذلك لا يمنع منه.

(388/2)

وبما رواه الدارقطني، والبيهقي، عن أبي سعيد المقبري، من رواية ابنه سعيد بن أبي سعيد، وأورده صاحب (التلخيص) ورواه عنه، قال: ((اشترتني امرأة ـ من بني ليث ـ بسوق [ذي] المجاز بسبعمائة [درهم] ثم قدمت [المدينة] فكاتبتني على أربعين ألف درهم، فأذهبت إليها عامة المال، ثم حملت ما بقي إليها، فقلت: هذا مالك فاقبضيه..)) الحديث تمامه: فقالت: لا والله حتى آخذه منك شهراً بشهر وسنة بسنة، فخرجت إلى عمر بن الخطاب فذكرت ذلك له فقال: ارفعه إلى بيت المال، ثم بعث إليها: هذا مالك في بيت المال، وقد عتق أبو سعيد فإن شئت فخذي شهراً بشهر وسنة بسنة، فأرسلت فأخذته. انتهى..

ويؤيد ذلك: أن الناس لا يختلفون في جواز العتق على مال حال، فوجب أن تكون الكتابة مثله، لأنه بدل عن العتق في الحالين.

وبالقياس على العتق في الحال اتفاقاً فالكتابة ـ أيضاً مثله ـ واحتج أبو حنيفة على جوازها على نجم واحد بإطلاق الآية، وبالقياس على سائر العقود.

واحتج ابن حزم ومن معه بمجموع ما تقدم وأجابوا عن حجج الأولين بأن حديث المجموع

وشواهده لا تنتهض على الإشتراط.
واشتهر عن الصحابة فمن بعدهم قولاً وفعلاً: أن الكتابة على نجمين، وأجاب في (البحر) على إطلاق عند أبي حنيفة ومن معه بلفظ: قلنا: خصصه فعل الصحابة، وهو توفيق فلا يعجز عن أدائه عقيب العقد، ويشترط تقدير الأجل، حذراً من الجهالة.

(389/2)

فرع: وخرج المؤيد بالله، ومحمد بن الحسن: والمعتبر التنجيم في اللفظ، لما مر لا في الدفع صح تعجيل نجومها دفعة، كالإبراء، قال أبو يوسف: ((لا لظاهر دليل التنجيم)) قلنا: ((اقتضى في اللفظ)) فقط . انتهى.
وتقدم مخالفتها للقياس أوجب الاقتصار على لفظها، لأنه قول صحابي.
وأجيب: بأن التنجيم ليس للإجتهاد فيه مسرح، وتقدم أنها وردت عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم، بلفظ: ((الكتابة على نجمين)).
ورد: بأن الحديث لا يدل على أن ذلك على جهة الحتم والتأجيل في الأصل، إنما جعل لأجل الرفق بالعبد لا بالسيد، فإذا قدر العبد على التعجيل وتسليم المال دفعة، فكيف يمنع من ذلك.
وقد اتفق العلماء على جواز التنجيم كما حكاه صاحب ((الفتح)) وأما كونه شرطاً أو واجباً فلا مستند له.
وأجاب الأولون: بأن الكتابة وردت على خلاف القياس، وقد جاءت منجمة بنجمين فتقر حيث وردت، والكتابة الحالة تؤدى إلى أن يعجز نفسه أو يسلمه من مال سيدة، فتبطل إن لم يأت به شرطاً، وإلا عتق بالشرط والتسليم وليس من باب الكتابة، ولا على السيد تقسيم الكتابة بالعجز فيرد إلى الرق.
هذا وقد اختلف القائلون بالتنجيم فيمن كوتب إلى أجل مسمى نجم أو نجمين فصاعداً، هل يجوز فسخ الكتابة ورده إلى الرق من دون تعجيز؟ أو لا بد من التعجيز قبل مضي نجمي الكتابة؟ أو بعدها؟

(390/2)

فالأولون قالوا: لا يقضي على المكاتب . حتى يتوالى عليه نجمان لا يؤديهما. ونسبه ابن حزم إلى ابن أبي ليلى، والحكم بن عقبة، والحسن بن حي، وأبي يوسف، والإمام أحمد، وظاهر كلامهم: أنه لا يصح قبل ذلك، وليس للسيد ذلك لا بالتراضي ولا بغيره . أي حتى يتوالى عليه نجمان لا يؤديهما . فيرد في الرق، ويقضي عليه بذلك، وفي ((البحر)): ((ولا يطالبه بنجم قبل حلول أجله، فإن تعذر خيّر السيد بين الفسخ، والإمهال)) . انتهى.

وفي (الجامع الكافي) في المكاتب يعجز عن نجم واحد: ((وإذا لم يؤد نجماً عند محله فليس للسيد أن يرده بذلك في الرق ولا يحكم عليه بذلك)). انتهى.

وقالت طائفة من العلماء: إلا أنه يقضى على المكاتب بالعجز إذا أدخل نجماً في نجم، فيرد إلى الرق، وفي (البحر): ((وإذا أمهله السيد بعد حلول الأجل فله الرجوع، إذ لا ينعقد الإنظار في الدين الحال)) وفيه: ((وإذا استمهل لبيع سلعته، أو ليقضي دينا لم يلزم السيد أكثر من ثلاث، لإضراره)) . انتهى.

وقال أبو حنيفة، ومالك، والشافعي، وأبو سليمان، قاله ابن حزم: إلا أنه يجوز رد المكاتب إلى الرق من دون أن يعجز، وذكره في ((الجامع الكافي)) عن الحسن بن صالح.

وفي (المحلى): عن أبي أيوب الأنصاري، أنه كاتب أفلح، ثم سأله إبطال الكتابة دون أن يعجز، فأجابه إلى ذلك فرده عبداً، ثم أعتقه بتلا.

ولأبي حنيفة، والشافعي، قول: إنه إذا عجز استوفي به ثلاثة أيام، وفي (البحر) عن المؤيد بالله، وأبي طالب، ومحمد: ((إذا أخل بنجم أمهل ثلاثاً حتماً)) وقال الشافعي: ((قدر ما يبيع سلعته)).

(391/2)

قلنا: تأجيل شرع لتحصيل العوض، فأشبه تأجيل الشفيع . انتهى.

ومن عداهم قالوا: لا يرد إلى الرق إلا مع التعجيز، إلا أن منهم من قال: لا يثبت التعجيز إلا قبل الأداء، ومنهم من لا يعتبر ذلك، وقد قال أبو حنيفة ومن معه: ((تعجيز المكاتب جائز بينه وبين سيده دون السلطان)).

إلا أن لِمالِكٍ قولاً: ((أنه لا يجوز إلا بحكم من السلطان)) وفي (الجامع الكافي) عن أبي حنيفة وأصحابه: ((أنه لا يرجع في الرق حتى يقضي القاضي برده)).

ومن عداهم قالوا: إنه لا فرق بين السلطان وغيره ولا يعتبر الحكم، وقد ذكر ابن حزم في مسألة المكاتب اثني عشر قولاً، فقد ذكرنا البعض منها فيما تقدم، وسنذكر مما بقي منها ما

يتعلق بهذه المسألة، قال:

فذهب الحسن بن أبي رباح: إلى أنه إذا عجز المكاتب استسعى حولين، ونسبه إلى علي بن أبي طالب، من طريق حماد بن سلمة، وابن أبي عروبة، كلاهما عن قتادة، عن خلاس بن عمرو، عن علي بن أبي طالب، زاد ابن أبي عروبة: ((فإن أدى، وإلا رد في الرق)).

وأخرجه البيهقي، عن علي من طريق خلاس، ثم قال: ورواية خلاس عن علي لا تصح عند أهل الحديث، فإن صحت فهي محمولة على وجه المعروف من جهة السنة، فإن لم ينتظر رد في الرق.

ثم قال: وروينا من طريق عبد الرزاق، عن سفيان الثوري، عن طارق بن عبد الرحمن، عن الشعبي، أن علي بن أبي طالب عليه السلام قال في المكاتب يعجز: ((أنه يعتق بالحساب)). يعني بحساب ما أدى..

(392/2)

وقال جابر بن عبد الله، وابن عمر، وأبو سليمان، والظاهرية، إلى عدم التلوم، بل يرد في الرق ساعة عجزه، وفي المكاتب يؤدي شطراً من كتابته ثم يعجز، قال جابر بن عبد الله: ((يرد عبداً سيده أحق بشرطه الذي شرط)).

وقال الأوزاعي: إذا عجز استوفي به شهران وقال مالك: يتلوم له السلطان بقدر ما يرى وقال أيضاً: أن المكاتب مهما قدر على الكسب أنه يجبر عليه، ولا يطلق عليه العجز، وقال جابر بن زيد أنه إذا عجز المكاتب استسعى. انتهى.

احتج الأولون بحديث (المجموع) وشواهده، وهو قول الجمهور، وذكره في شرح (بلوغ المرام) للجمهور، وهو مُتأيد بالآثار عن الصحابة، وقد صحت عنهم الرواية بذلك، وروى ذلك مالك في (الموطأ).

احتجت طائفة بما أخرجه ابن حزم في (المحلى) من طريق الحجاج بن أرطاة، عن حصين بن عبد الرحمن، عن الشعبي، أن علياً قال: ((إذا عجز المكاتبُ أدخل نجماً في نجم رد في الرق)). انتهى.

ثم قال: وفي إسناده الحجاج وهو هالك. انتهى.

قلت: ورواية الشعبي عن علي مرسلة، وقد ذكره في ((الجامع الكافي)) من طريق الحارث، عن علي أنه قال: ((إذا عجز المكاتب فادخل نجماً في نجم رُدّ في الرق)). انتهى.

وهذا هو حديث الشعبي المذكور، ولعله رواه من طريق الحارث فيكون متصلاً، وتقدم ـ للمؤلف ـ غير مرة قبول مرسلات الشعبي، كما تقرر في علم الأصول.

(393/2)

وتقدم ـ أيضاً ـ ذكر من يقول بقبول برواية الحجاج، إلا أن خبره لم يعتضد برواية من غير طريقه، وحديث (المجموع) قد اعتضد من غير طريق أبي خالد بما ذكرنا في شواهده، وثبت ذلك عن أمير المؤمنين علي عليه السلام قولاً وفعلاً، فهو أولى بالإتباع فيما لم يرد نص مرفوع، لأنه باب مدينة العلم، وقرين الحق، والمدعو له بهداية قلبه وتثبيت لسانه، وغير ذلك من المزايا المذكورة في ترجمته.

وقد تقدم مثل هذا للمؤلف ـ رضي الله عنه ـ غير مرة فيما لم يرد فيه نص، وذكر ابن حزم في (المحلى) تقوية ما ذكرنا، والرد على ما عداه من الأقوال في هذه المسألة، ثم قال: ما نعلم لشيء من هذه الأقوال بحجة، وأعجبها قول من حد التلوم بثلاثة أيام، أو بشهرين، ومن جعل ذلك إلى السلطان، أفرأيت إن لم يتلوم له السلطان إلا ساعة أو يَرَى أن يتلوم له خمسين عاماً ..

إلى أن قال: ثم نقول لجميعهم: لا تخلو الكتابة من أن يكون ديناً لازماً، أو تكون عتقاً بصفة لا ديناً، ولا سبيل إلى ثالث أصلاً لا في الديانة ولا في المعقول، فإن كانت عتقاً بصفة، فالواجب أنه ساعة يحل الأجل فلا يؤديه فلم يأت بالصفة التي لا عتق له إلا بها فقد بطل عقده ولا عتق له، ولا يجوز التلوم عليه طرفة عين، كمن قال لغلامه: إن قدم أبي يومي هذا فأنت حر، فقدم أبوه بعد غروب الشمس فلا عتق له، وهذا قول أصحابنا، وهو قول جابر، وابن عمر.

(394/2)

وقد تناقضوا أقبح تناقض، ومنعوا من بيعه وإن لم يؤد شيئاً، فصح أنها ليست عندهم عتقاً بصفة أو تكون ديناً واجباً فلا سبيل إلى إبطاله، كما روينا عن جابر بن زيد، فنظرنا في ذلك فوجدنا رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قد حكم بشروع العتق فيه بقدر ما أدى، فصح يقينا أنها دين واجب يسقط منه بقدر ما أدى كسائر الديون، ولأنه ليس عتقاً بصفة أصلاً، لأن أداء بعض الكتابة ليس هو الصفة التي تعاقدا العتق عليها، فإذا هي كذلك فقد قال تعالى:

{وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ }[البقرة:280] .
وقد قال تعالى: {أَوْفُوا بِالْعُقُودِ }[المائدة:1] فوجب الوفاء بعقد الكتابة، وأنه لا يجوز الرجوع فيها بالقول أصلاً، ووجبت النظرة إلى الميسرة، ولا بد.
فإن قيل: فإذا هي دين كما تقول، فهلا حكمتم به، وإن مات العبد أو السيد أو خرج عن ملكه كما حكمتم في سائر الديون؟
قلنا: لم نفعل؛ لأن ذلك ليس ديناً مطلقاً، وإنما هو دين يصح بثبات الملك ويبطل ببطلان الملك، لأنه إنما وجب للسيد بشرط أن يعتقه بأدائه على العبد بشرط أن يكون بأدائه حراً فقط، بهذا جاء القرآن وفسرته السنة عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم، فإذا مات السيد فقد بطل وجود المعتق، فبطل الشرط الذي عليه، وبطل الشرط عن العبد إذ لا سبيل إلى تمامه أبداً.

(395/2)

وإذا مات العبد فقد بطل وجوده، وبطل الشرط الذي كان له من المعتق فبطل دين السيد، إذ لا سبيل إلى ما كان يستحق ذلك الدين إلا به، وإن خرج عن ملكه فكذلك . أيضاً . قد بطل عتقه في عبد غيره، فبطل ما كان له من الدين مما لا يجب له إلا بما قد بطل، ولا سبيل إليه. انتهى.
قوله: ((إنه كان لا يقضي بعجز المكاتب...)) إلى آخره، يدل على: أن الكتابة لا تفسخ، ويرد المكاتب في الرقية إلا بحكم الحاكم، لأن القضاء لا يكون إلا من حاكم كما تقدم بيانه للمؤلف . قدس الله وروحه . في (باب القضاء) وصرح به في (المنهاج الجلي) وغيره من أئمة الحديث والفروع، وبه قال مالك، وأبو حنيفة، وأصحابه.
ويستفاد من الخبر:
إن القضاء بالعجز عن تأدية ما كوتب عليه لا يكون إلا في آخر نجومه، وذلك كثبوت مانع من مرض، أو حبس، أو جنون، أو منع من يخاف عقابه لا يتأتى معه تحصيل مال المكاتبة فيرد في الرق فوراً.
ويؤخذ من الخبر أنه لا يمهل بعد مضي نجومه، وزوال المانع، وهو قول الجمهور.
فإن قيل: إنه قد روى عن الإمام زيد بن علي أنه يمهل كالشفيع؟
فقد أجيب: بأن ظاهر الخبر يأبى ذلك، وكلام الإمام المهدي في (البحر) عن أبي ليلى لا فسخ إلا عند السطان.

(396/2)

قلنا: فسخ مجمع عليه، فلم يحتج إلى حكم، قال في (المنار): إن كان مجمعاً عليه قبل تنزيله منزلة العجز كان الواجب أن يحتج بالإجماع، وأنه كان بعد تنزيله منزلة العجز، وكأنه قال: قلنا: الفسخ بالعجز مجمع عليه فهذه مصادرة؛ إذ قد قال الخصم - وهو ابن أبي ليلى -: ((لا أسلم أنه كالعجز ما لم يحكم به، وكأنه انتقال في مسألة التمرد المقيسة إلى مسالة العجز المقيس عليها، فيصدر الخلاف هل يشترط الحكم بالعجز))؟. انتهى.

قلت: يشترط القضاء بالعجز عملاً بحديث الأصل، وقد عرفت ما ذكرنا في دلالته، وهو أولى بالإتباع فيما لم يرد فيه نص، لما فيه من المزايا التي لم تكن في غيره من الصحابة.

وقد عرفت - أيضاً - ما ذكرنا في هذه المسألة من قال بالتلوم، وبالمهلة، وبالإستسعاء: أن الفسخ بعد مضي نجم أو نجمين وكل على أصلة، ولم يؤد مال الكتابة غير مجمع عليه، وتقدم كلام ابن حزم وغيره في الرد عليهم بما أغنى.

(تنبيه) ما دل عليه حديث الأصل هو أحد الصور التي تنفسخ به الكتابة، ويرد في الرق ولدى تمرده وغيبته وجنونه حتى فاق وقت النجم ولاَ وفاء عنده فيرد في الرق، ذكره الإمام المهدي في (البحر).

وذهب الهدوية، ورجح للمذهب: إلى أنه يرد في الرق أحد أمرين:

الأول: اختياره ولا وفاء عنده في ملكه، وأنه لم يكن له مال لا يجْبر على التكسب ولو كان كسوباً، وفي (البحر): ويرده في الرق اختياره ولا وفاء عنده، والثاني: عجزه عن الوفاء بما كوتب عليه إذا أخل بنجم من النجوم.

(397/2)

ونص في (التذكرة) وغيرها، وقدره المهدي أنه في الثاني بعد إمهاله كالشفيع على حسب نظر الحاكم من الثلاث إلى العشر، وفي الأول مع التراضي واتفاق المذهب، وإلا فلا بد من الحكم، قَالَه بن أبي الفوارس.

قلت: أما في العجز فلا، إلا بمضي النجمان؛ لمنطوق الخبر ما لم يكن العجز بفعل السيد، نحو أن يمنعه من التكسب، فيلزم السيد أن يمهله مثل نجوم الكتابة قدراً وصفة بعد إمهاله كالشفيع.

وهذا خاص بهذا الموضع إن المنافع تضمن بمثلها، فإن حبسه السيد حتى مضت النجوم أو

بعضها فيلزم له على السيد أجرة المثل للمدة التي حبسه فيها، قال الإمام المهدي، و(المهذب) و(الإنتصار): ((وهو الصحيح، لأن المنافع كالأعيان تضمن بالقيمة لا بالمثل، فيلزم له أجرة المثل)).

وفي (البحر) وجهان أصحها ما ذكرنا، وله المهلة التي تلزم للشفيع، وكذا موته، قال الإمام يحيى: ولو خلف الوفاء لتعذر العتق، إلا حيث كاتبت عنه وعن أولاده عتقوا بالإيفاء عنهم وعنه وورثوه؛ إذ لا يبطل بالموت إذ لهم حق في عنقه، وكل هذه الصور حيث لم يؤد أي شيء من مال الكتابة إلا في التعجيز إذا خل بنجم ولم يؤد ما عليه عند من تقدم.

وحديث الأصل: إذا توالى عليه النجمان ولم يؤد شيئاً قضي عليه بالعجز، ورد في الرق.

(398/2)

وبقي الكلام في حكم ما قد أعين في كتابته، ذكر في ((الجامع الكافي)) بلفظ: ((مسألة: إذا عجز المكاتب ورد في الرق، وقد أعين في كتابته بصدقة وغير ذلك ففي ذلك ثلاثة أقوال، أحب إلينا: أن يؤخذ ما كان دفعه إلى مولاه مما أعانه عليه الناس في مكاتبته، فيجعل في الرقاب ينظر في مكاتب قبله فيعان بها، وروى ذلك مسروق، وحسن بن صالح.

والقول الثاني: هو حلال للسيد وهو قول أبي حنيفة.

والقول الثالث: يرد على من أخذ منه، وأما ما كان من كسب العبد أو ماله، وما كان من سيده من هبة يستعين بها في مكاتبته من ربع أو أقل أو أكثر فهو للسيد لا نعلم في ذلك خلافاً)). انتهى.

وفي (البحر): ((وإذا رق طاب كسبه لسيده إجماعاً الهادي، إلا ما كان عن حق فلمصرفه داود والفريقان بل لسيده)).

قلت: ((السيد ليس مصرفاً والعبد لا يملك مالك ما أعطى لا للفك فلسيده وفي الفك يرد لنا ما مر، فإن أتلفه تعلق برقبته كالمأذون ويعيد الدافع الزكاة)). انتهى.

وقوله: ((نجمان)): وَاحِدُهُ نجم. أي نجم الكتابة. وهو القدر المعين الذي يؤديه المكاتب في وقت معين، وأصله أن العرب كانوا يبنون أمورهم في المعاملة على طلوع النجوم والمنازل؛ لكونهم لا يعرفون الحساب، فيقول أحدهم: إذا طلع النجم الفلاني أديت حقك، فسميت الأوقات نجوماً بذلك، ثم يجيء المؤدي في الوقت نجماً. والله أعلم.

هذا ويتعلق بأصل الباب وما فيه من الأدلة أحكام:

(399/2)

الأول: أنه يعتور نفس الكتابة أن تكون مطلقة ومشروطة، ويتعاقب على لفظها من توابع الأحكام الشرعية على ما ذكره أهل الفروع وعلماء الحديث ثلاثة، وهي: الصحة، والفساد، والبطلان:

الأول عند الجمهور ما جمع خمسة شروط:

الأول: في المكاتِب ـ بكسر التاء ـ أن يكون مكلفا أو مميزاً مأذونا له ملك في الرقبة، والوجه في ذلك: أنها متضمنة للعتق، أو متصرفاً كالولي لمصلحة الصبي، قال الشافعي: لا. ورد: بأنها معاوضة.

والثاني: أن يكون المكاتَب ـ بفتح التاء ـ بالغاً أو مميزاً، حيث العوض منه، لأن الطفل يعجز عن الكسب عقيبها وهو العوض بعقدها، والأصح ولو مدبراً أو مدبرةً أو متولدةً، لما في ذلك من تنجيز العتق لا الممثول فلا، لأنه قد وجب عتقه بأمر سبق.

وعند الهادي، والمؤيد بالله، وأبي حنيفة، وأصحابه: ويصح مراهقاً، لعموم قوله تعالى: {وَالَّذِينَ يَبْتَغُونَ الْكِتَابَ } [النور: 33].

وقال الشافعي: غير مكلف فأشبه بالطفل، ورد: بأنه يمكنه الكسب فافترقا، قال في (المنار): لم يعهد في شيء استقلال المراهق بدون أذن وليه، ولو أجدر إمكان الكسب لأجدر ثمن المشتري المعين لا مكان تسليم الثمن، والأولى التعليل بأن مكاتبة السيد له بمنزلة أذن الولي المميز، وقد مر صحة ذلك ـ انتهى.

ولا تصح مكاتبة الموقوف ولا المستأجر، لتعذر سببه عقيبها.

والثالث: لفظ الكتابة ممن يمكنه النطق نحو كاتبتك أو أنت مكاتب والإشارة المفهمة ممن لا يمكنه النطق وتراضيهما معتبر، قاله الجمهور، وإنما اشترط لفظها لاختصاصها بأحكام مخالفة للقياس، لأنها مقابلة ملكه بملكه إلى آخر ما ذكرنا في الباب.

وعند الناصر، والشافعي، معاوضة وشرط فلا تعتق إلا بهما.

ورد: بأن الشرط ثمرة المعاوضة، فلم يحتاج إلى ذكره، وقال الناصر، والشافعي، والإمام يحيى: لا يشترط لفظها كالبيع، إذ القصد المعنى.

وعند القاسمية، وأبي حنيفة: أن لفظها ليس من شرطها، فإذا قال: إذا أديت فأنت حر كالبيع، أجاب الجمهور: إن مخالفة القياس أوجبت الاقتصار على لفظها.

الرابع: ذكر العوض المعلوم جنسه الذي يصح تملكه كسائر المعاوضات، وأن يكون العوض دينا لا عيناً، إذ لا يملكها العبد قبل العقد، ويقبل عوضها مثل جهالة المهر عند العترة، وأبي حنيفة، وأصحابه، إذ هي عتق لا يفسد بفساد العوض كالنكاح.

وقال الشافعي: لا كالبيع، ورد بأنها بالنكاح أشبه، وعند العترة: ويصح جعل العوض منفعة مدة معلومة، واغتفر فيها ترك التنجيم عند الإمام يحيى، لقدرته على المنفعة، بخلاف الدين الحال، ورد: بأن المنفعة منجمة إذ تحصل شيئاً فشيئاً.

الخامس: التأجيل والتنجيم وأقله نجمان، ولو في ساعتين، وقيل: بل أقله أجل السلم، وقواه الإمام المهدي في (البحر)، وقال محمد بن الحسن: إن المعتبر التنجيم في اللفظ لا في الدفع، فيصلح تعجيل نجومها دفعة كالإبراء.

ورده أبو يوسف، لظاهر دليل التنجيم، ورد بأنما اقتضى في اللفظ خلافاً لمن تقدم، وتصح أن يتولى طرفيها واحد، وقيل: لا يصح.

(401/2)

والمختار:

الأول: عند الجمهور لتعلق حقوقها بالموكل.

والثاني: أن يكاتبه على ثوب مجهول، أو حيوان، أو على عوض غير معلوم القدر، أو لم يذكر التنجيم والتأجيل فتعرض للفسخ قبل الأداء، ويعتق المكاتب بالأداء لما كوتب عليه، وصار مستهلكاً لنفسه بالأدى، وللسيد على العبد إلى قدر قيمته يوم الأداء، فإن كان الذي عتق بأدائه ناقصاً عن قيمته سعى العبد في باقي قيمته، وإن كان زائداً على قيمته رده السيد، وحكم الزائد في يد السيد أمانة مع علم الدافع غصبٌ مع جهله.

والثالث: نحو أن يكاتبه على حر، أو خمر، أو ختر، يروى نحو ذلك مما لا يصح تملكه، ونحوها مما لا يملك إما لحقارته، أو لعدم نفعه، فإنه لا يعتق ولو سلم ما كوتب عليه، لأنها باطلة وجودها، إلا أن يجعل ذلك شرطاً، نحو: إذا أديت كذا فأنت حر، فإنه يعتق، ولا يلزم لسيده أي شيء، لأنه شرط تحقق حصوله.

قال ابن حزم: فلا يجوز الكتابة على مجهول العدد، ولا على مجهول الصفة، ولا بما لا يحل: كالخمر، والخنزير، وغير ذلك، فلا يصح شيء من ذلك، ولا بكتابة فاسدة، وهو قول أبي سليمان، وأصحابنا، لأن كل ذلك غرر محرم. انتهى.

الثاني: أن مكاتبته الأمة جائز لشمول الآية، والأدلة المذكورة لها، وللذكر، ولأنها في هذه

الحكم كالعبد في صحة كتابتها إجماعاً على طريق الإلحاق كما تقدم في كلام (المنحة) في أول (باب العتاق) ولابن دقيق العيد: لما في الأدلة من لفظ مملوك أنه يعم الذكر والأنثى، وادعى ابن حزم أن لفظ العبد في اللغة يتناول الأمة، ولخبر بريرة، وجويرية . أم المؤمنين ..

(402/2)

ويحرم على سيد المكاتبة وطؤها في مدة المكاتبة، لقوله تعالى: {إِلاَّ عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ }[المؤمنون: 6] والمكاتبة ليست بزوجة، ولا مملوكة تحقيقاً، ونسبه في (البحر) إلى العترة، والأئمة الأربعة؛ لضعف ملكه بملكها التصرف، ولأن مهرها لها لا له.
وقال سعيد بن المسيب، والإمام أحمد: له وطئها إن شرطه عليها، لنا ما مر . انتهى.
فإن وطئها فمع الجهل يدرأ عنه الحد، لأن الجهل شبهة، ولحديث: ((ادرءوا الحدود بالشبهات)) ومع العلم يحد عند الجمهور، ونسبه في (البحر) إلى الحسن البصري، والزهري، وفيه قال: قلنا: شبهة الملك تدفعه . انتهى.
وعند زيد بن علي لا يحد، ونسبه في (البحر) إلى العترة، والفريقين.
واحتج: بأنها مملوكته، وإن كانت قد جرى فيها ما هو سبب التحرير، ولهذا إذا عجزت نفسها ردت إليه بغير لفظ شراء، ولا تجديد ملك من هبة، ولا نحوها، وكل ذلك دليل أنها مملوكته.
وأخرج ابن حزم بإسناده إلى سعيد بن المسيب: إذا كاتب الرجل أمته واشترط أن يغشاها حتى تؤدي مكاتبتها، فلا بأس بذلك، وبه يقول أبو ثور قال: والعجب أن المانعين من وطئها اختلفوا فقال الحكم بن عتيبة: ((إن حملت بطلت الكتابة وهي أم ولد)).
وقال الزهري: ((يجلد مائة فإن حملت فهي أم ولد)) وقال قتادة: ((يجلد مائة سوط إلا واحد وهي كذلك إن طاوعته)) وقال سفيان الثوري، وأبو حنيفة، ومالك: ((لا شيء عليه إن وطئها ولا عليها، فإن حملت فهي بالخيار بين التمادي على الكتابة، وبين أن تكون أم ولد، وتبطل الكتابة)).

(403/2)

وزاد أبو حنيفة، ومالك: ((أخذت مهر مثلها إن تمادت على الكتابة فاستعانت به في كتابتها))
وقال مالك: ((أنه يؤدب)) وقال الشافعي: ((يعزر ولها مهر مثلها)).
وقال الإمام يحيى: ((يعزر العالم منهما بالمعصية)) قيل: ((ولها الخيار حينئذ لتعييبها)) قال

الإمام المهدي: ((وفيه نظر)).

واحتجوا جميعاً: بأنها قد خرجت عمن هي في يده وصارت في يد نفسها كالمرهونة.

قال ابن حزم: ما خرجت عن يده، ولا عن ملكه إلا بالأداء فقط، والدعوى لا تقوم بها حجة، والمرهونة حلال لسيدها وطؤها، والمانع مخطئ، وأطال الكلام في ذلك، وقرر جواز ذلك مع الشرط. انتهى.

قال في (البحر): ((وعليه مهرها إن لم يفسخ، وإن طاوعته، مالك: لا إذ هي ملكه المزني تجب للمكره فقط)).

قلنا: البضع الحرام لا يخلوا من حدٍ أو مهر، وكوطء الأجنبي، فإن سلم ثم وطئ ثانياً لزمه مهران لا لو لم يسلم، والولد لاحق به إذ هي ملكه، ويستقر الإستيلاد لقوته؛ إذ لا يصح فسخه بخلافها، وإذا استولدها أحد الشريكين فكالمملوكة، فإن وطيا فعلى كل مهر كامل تدفعه في كتابتها، إذ هو من كسبها. انتهى.

الثالث: قال ابن حزم: لا خلاف بين جمهور العلماء في جواز بيع المكاتب والمكاتبة قبل أن يؤديان شيئاً من كتابتهما متى شاء السيد، وكذلك وطء المكاتبة جائز ما لم تؤد شيئاً من كتابتها.

والخلاف للحنفية، والمالكية، في هذه المسألة: فمنعوا من البيع، والوطء، وما نعلم في ذلك حجة أصلاً. انتهى.

(404/2)

قلت: وظاهره كلام ابن حزم عن الجمهور، وعن من نسب إليهم الخلاف الإطلاق، وفي (البحر): العترة والفرقان، ويُحرم بيع المكاتب إلى غير من يعتقه، إذ قد خرج عن ملك السيد، بدليل تحريم الوطء والإستخدام، وكبيع ما قد بيع، أبو ثور يصح ((إذ المكاتب عبد ما بقي درهم)).

قلنا: أراد حيث عجز عنه.

والزهري: تجوز بإذنه، إذ هو كالإقالة.

قلنا: التقايل فيها لا يصح.

الهادي، وأبو طالب: ويصح بيعه إلى من يعتقه برضائه، وإن لم يفسخ لشراء، عائشة لبريرة لتعتقها وكانت مكاتبة، ولم يقع فسخ، عطاء، والنخعي، والمؤيد بالله: وأبي حفص، والشافعي: لا إلا بعد فسخها، كبيع ما قد بيع.

قلنا: الخبر منع القياس. وفي (المنار): الكتابة لا تقطع إلا من عرقه، بدليل رجوعه عند تعجيز نفسه بأن المكاتب يعتق منه بقدر ما أدى، ويرق بقدر ما لم يؤد.

قال ابن حزم: فهذا يوجب جواز ما ذكره الجمهور من بيع المكاتب والمكاتبة ووطئها قبل أن تسلم شيئاً من مال الكتابة، لأنه عبد وبيع العبد ووطء الأمة حلال ما لم يمنع من ذلك نص، ولا نص هاهنا مانعاً من ذلك أصلاً، بل قد جاء النص الصحيح والإجماع المتيقن على جواز بيع المكاتب الذي لم يؤد شيئاً فيما أخرجه البخاري، ومسلم، وأصحاب السنن، من طريق عائشة: أنها اشترت بريرة بنت صفوان من مولاها عتبة بن أبي لهب، وهي في كتابتها قبل أن تسلم من مال المكاتبة شيئاً، وخبرها ظاهر فاشئ.

رواه عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم عائشة ـ أم المؤمنين ـ وبريرة، وابن عباس، ورواه عن ابن عباس عكرمة، وراه عن بريرة عروة، وعن أم المؤمنين القاسم بن محمد، وعروة بن الزبير، وعمرة، وأيمن، ورواه عن أيمن ابنه عبد الواحد، وعن عمرة يحيى بن سعيد الأنصاري، وعن القاسم ابنه عبد الرحمن، وعن عروة الزهري، وهشام ابنه، ويزيد بن رمان.

ورواه عن هؤلاء، الناس والأئمة الذين يكثر عددهم، فصار نقل كافة وتواتر لا تسع مخالفته، وهذا بيع المكاتب قبل أن يؤدي شيئاً، ولا شك عند كل ذي لب سليم أنه لم يبق بالمدينة من لم يعرف ذلك، لأنها صفقة جرت بين أم المؤمنين وطائفة من الصحابة، وهم موالي بريرة، ثم خطب الناس رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في أمر بيعها خطبة غير وقت الخطبة ولا يكون شيء أشهر من هذا، ثم كان مشي زوجها يبكي خلفها في أزقة المدينة ما زاد الأمر إلا شهرة عند الصبيان، والنساء، والضعفاء، فلاح يقيناً أنه إجماع من جميع الصحابة ـ انتهى.

وبقي الكلام في بيع كتابة المكاتب ـ أي بيع نجوم الكتابة من عدمه قد تقدم أنه يشترط في الكتابة التأجيل للمكاتب فيما كوتب عليه من المال والتنجيم.

قال، في (المحلى): واختلف الناس في بيع كتابة المكاتب، فأجازها مالك من نفسه ومن غيره، وروينا مثل قول مالك، عن عطاء، وابن سيرين.

وأجازها جملة: الزهري، وابن المسيب.

ومنعها: الشافعي وأبو سليمان وأبو حنيفة ..

إلى أن قال ـ أي ابن حزم ـ: لأن كتابة الكتابة إنما تجب بالنجوم، ولا تجب قبل ذلك، فمن باعها فقد باع ما لا يملك بعد، ولا يدري أتجب له أم لا؟

(406/2)

وأيضاً. فليست عيناً معينة فلا يدري البائع أي شيء باع من نوع ما نوع، ولا يدري المشتري ما اشترى، فهو بيع غرر، ومجهول العين، وأكل مال بالباطل.

فإن قيل: فقد روى عن جابر أنه أجاز بيعها.

قلنا: وكم قصة رويت عن جابر خالفوها، منها: ((أن العمرة فريضة)) ((وأنه لا يحرم أحد قبل أشهر الحج)) ..

إلى أن قال: والعجب من إجازة بعضهم بيع كتابة المكاتب وهو حرام، لأنه بيع غرر، فإن قالوا: إنما بيعت كتابتها.

فقد أجيب: إن أم المؤمنين عائشة اشترتها، وأعتقتها، وكان الولاء لها، وكتب الحديث وشروحها ناطقة بذلك، والله أعلم. انتهى.

وقد ثبت في كتب السنة أن أهل بريرة كاتبوها على تسعة أواق من ذهب في تسع سنين، فاشترتها عائشة بمال الكتابة، ودفعتها إلى بريرة لتدفعها إلى أسيادها دفعة واحدة.

الرابع: أن المكاتب عبد ما لم يؤد شيئاً، فإن أدى شيئاً من كتابته فقد شرع فيه العتق والحرية بقدر ما أدى، وبقي سائره مملوكاً، وكان لما عتق منه حكم الحرية في الحدود، والمواريث، والديات، وغير ذلك.

وكان لما بقي منه حكم العبد في الديات، والمواريث، والحدود، وغير ذلك مما تتبعض في الأحكام. وفي الباب عند ابن حزم، وأبي داود، والنسائي، من طريق علي، وابن عباس، فكلاهما مرفوعاً، وهكذا أبدا حتى يتم عتقه بتمام أدائه.

قاله ابن حزم: وهو المختار، وهو قول الجمهور.

(407/2)

واحتجوا بما ذكره المؤلف. رضي الله عنه. بلفظه على حديث (المجموع) عن علي في عبد عتق نصفه زنى بامرأة قبل (باب حد القاذف) أخرجه ابن حزم في (المحلى) من طريق أحمد بن شعيب: أخبرني أحمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن عُلية، نا يزيد بن هارون، أنا حماد بن سلمة، عن أيوب السختياني، عن عكرمة عن ابن عباس، عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: ((إذا أصاب المكاتب حداً أو ميراثاً ورث بحساب ما عتق منه، وأقيم عليه الحد بحساب ما عتق)).

قال ابن حزم: وهذا إسناد في غاية الصحة، وأخرجه في (الأمالي) من طريق سفيان عن يزيد بن هارون بتمام سنده ومتنه . انتهى.

ومن حججهم: ما أخرجه ابن حزم من طريق أحمد بن شعيب أنا محمد بن عيسى الدمشقي، نا يزيد بن هارون، أنا حماد بن سلمة، عن قتادة وأيوب السختياني قال قتادة: عن خلاس بن عمرو، عن علي بن أبي طالب.

وقال أيوب عن عكرمة، عن ابن عباس، كلاهما عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال: ((المكاتب يعتق منه بقدر ما أدى ، ويقام عليه الحد بقدر ما أعتق منه، ويرث بقدر ما عتق منه)) . انتهى.

وسيأتي هذا الخبر والذي قبله في الباب الآتي، وأخرج . أيضاً . من طريق أحمد بن شعيب، نا محمد بن عبد الله بن المبارك، نا أبو هشام . هو المغيرة بن سلمة المخزومي . نا وهيب بن خالد، عن أيوب، عن عكرمة، عن علي بن أبي طالب، عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: ((يؤدي المكاتب بقدر ما أدى)) .

.... الباب عند ابن حزم وأبي داود والنسائي من طريق علي وابن عباس وكلاهما مرفوعاً.

(408/2)

قال ابن حزم: وهذا أثر صحيح لا يضره قول من قال: أنه أخطأ فيه، بل هو الذي أخطأ؛ لأنه من وراية الثقات الأثبات.

وللحنفية، والمالكية، والشافعية، في هذا: بأن حماد بن سلمة أرسله عن أيوب، عن عكرمة، وإن ابن علية رواه عن أيوب، عن عكرمة، عن علي عليه السلام أنه قال: ((يؤدي المكاتب بقدر ما أدى)).

فأوقفه على علي، والحنفية، والمالكية يقولون: المرسل كالمسند ولا فرق، فإذا وجدوا مسنداً يخالف هوى أبي حنيفة ورأي مالك جعلوا إسناد من أرسله عيباً.

والشافعية لا يختلفون في أن المسند لا يضره إرسال من أرسله، وقد استنده حماد بن سلمة، ووهيب بن خالد، ويحيى بن أبي كثير، وقتادة عن خلاس، عن علي، وما منهم أحد إن لم يكن فوق حماد لم يكن دونه.

فكيف وقد أسنده حماد بن سلمة، عن أيوب ويحيى بن أبي كثير، كلاهما عن عكرمة، عن ابن عباس: أن مكاتباً قتل على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم، فأمر عليه . الصلاة

والسلام - أن يؤدى مأدى دية الحر، ومالاً دية المملوك .

وأما ما ذكره من إيقاف ابن علية له على علي، فهو قوة للخبر، لأنه فتيا من علي - عليه السلام - بما روي - انتهى.

وقد اختلف العلماء في مسألة المكاتب بما يعتق اختلافاً كثيراً، ذكر ابن حزم فيها أقوالاً كثيرة، وذكر في (المنحة) خمسة أقوال، فالجمهور: ((أنه يعتق بقدر ما أدى من مال الكتابة حتى يتم عتقه بتمام ما عليه)).

واحتجوا بما تقدم من الأدلة عن علي، وابن عباس، كلاهما مرفوعاً وسندهما في غاية الصحة، وروى عن عمر بن الخطاب، وعثمان، وجابر، وأمهات المؤمنين: ((المكاتب عبد ما بقي عليه درهم)) .

(409/2)

قال ابن حزم: ولا يصح عن أحد منهم، لأنه عن عمر من طريق الحجاج بن أرطاة - وهو هالك - عن ابن أبي مليكة مرسل، ومن طريق العرزمي وهو مثله أو دونه، ثم عن سعيد بن المسيب، أن عمر - مرسل - وعثمان، وجابر بن عبدالله، والتي عن أمهات المؤمنين.

هو من طريق عمر بن قيس سَنْدَل، وهو ضعيف، وهو عن أم سلمة - أم المؤمنين من طريق أبي معشر المدني - وهو ضعيف - لكنه قد صح عن زيد بن ثابت، وعائشة - أم المؤمنين - وابن عمر، وهو مأثور عن طائفة من التابعين منهم عروة بن الزبير، وسليمان بن يسار، وصح عن سعيد بن المسيب والزهري وقتادة، وهو قول أبي حنيفة، ومالك، والشافعي، والأوزاعي، وسفيان الثوري، وابن شبرمة، وابن أبي ليلى، وأحمد، وإسحاق، وأبي ثور، وأبي سليمان.

وقالت طائفة: المكاتبون على شروطهم، صح ذلك عن جابر بن عبد الله، وقالت طائفة: هو حر ساعة العقد له بالكتابة، وهو قول روي عن ابن عباس، ولم نجد له إسناداً إليه - انتهى.

وفي (المنحة): يعتق بنفس الكتابة قياساً على البيع، فكأن المكاتب اشترى نفسه من سيده فلم يكن له أن يبيعه إلا بالمال كما لو أفلس من باع منه إلى أجل - انتهى.

قال ابن حزم: وقالت طائفة: إذا أدى نصف مكاتبه فهو غريم، روي ذلك عن علي، وعن عمر بن الخطاب، من طريق عبد الرزاق، عن معمر، عن عبد الرحمن بن عبد الله، عن القاسم بن عبد الرحمن، عن جابر بن عبد الله، أن عمر بن الخطاب قال: ((إذا سلم المكاتب الشطر فهو غريم)) - انتهى.

(410/2)

وفي (المنحة): عن عمر أنه كان يقول: ((إذا أدى الشطر عتق)) ومن طريق سفيان بن عيينة عن عبد الرحمن، بهذا الإسناد نفسه، قال عمر: ((إذا أدى الشطر فلا رق عليه)) .

وقد ذكرنا قبل في هذه المسألة نفسها قول علي عليه السلام بمثل ذلك، وهما إسنادان جيدان.

قال الحازمي: وصح عن شريح، أنه قال: ((إذا أدى المكاتب النصف فلا رق عليه وهو غريم)) ذكره ابن حزم من طريق سفيان بن عيينة، عن إسماعيل بن أبي خالد، عن الشعبي، عن شريح، وذكر الأمير في (سبل السلام) بلفظ: ((وذهب وشريح إلى أنه يعتق كله إذا سلم قسطاً من مال الكتابة)) . انتهى.

قال ابن حزم في (المحلى): وقالت طائفة: ((إذا أدى المكاتب الثلث فهو غريم)) وأخرج من طريق ابن أبي شيبة، وحفص بن غياث، عن الأعمش، عن إبراهيم النخعي، عن ابن مسعود: ((إذا أدى المكاتب ثلث كتابته فهو غريم)) .

وفي (المنحة) عن ابن مسعود، قال: ((إذا أدى الثلث فقد عتق)) وقال إبراهيم: ((إذا أدى ربع كتابته فهو غريم)) .

ذكره ابن حزم من طريق وكيع، عن سفيان، عن منصور، عن إبراهيم قال: وقال عطاء: ((إذا أدى ثلاثة أرباع قيمته فهو غريم)) أخرجه عبد الرزاق، عن ابن جريج عن عطاء.

وفي (المنحة): أنه يعتق إذا أدى الثلاثة الأرباع، ويبقى غريماً في باقي المال، إفاده صاحب ((نهاية المجتهد)) ولم ينسب هذا القول لأحد . أعني أنه قن ما بقي عليه درهم . .

وفي (البحر): أنه قول عمر، وابنه، وزيد بن ثابت، وعائشة، وأم سلمة.

قلت: وقد سمعت عن صاحب ((نهاية المجتهد)) خلافه عن عمر . انتهى.

(411/2)

وقال ابن مسعود، وشريح: ((إذا أدى قيمته فهو غريم)) أخرجه حماد بن سلمه عن قتادة، عن الحسن أن ابن مسعود قاله.

ومن طريق سفيان بن عيينة، عن إسماعيل بن أبي خالد، قال: قال لي الشعبي: قول شريح مثل قول ابن مسعود: ((إذا أدى قيمته فهو غريم من الغرماء)).

قال ابن حزم: هذا إسناد جيد، لأن الشعبي صحب شريحاً، وشريح صحب ابن مسعود، وليس هذا مخالفاً لما روي من هذه الطريق نفسها: ((إذا أدى نصف الكتابة فهو غريم)) لأنه قد

يمكن أن يقول القولين ولا يتمانعان، وهو أن يكون يرى أن أدى الأقل من قيمته أو من نصف الكتابة فهو غريم أيهما أدى فهو غريم.

ومن طريق شعبة، عن المغيرة بن مقسم، عن النخعي: ((إذا أدى المكاتب ثمن رقبته فليس لهم أن يسترقوه)) .

ومن طريق عبد الرزاق، عن عكرمة بن عمار، عن يحيى بن أبي كثير، قال: قال ابن عباس: ((إذا بقي على الحساب خمس أواق، أو خمس ذود، أو خمسة أوسق، فهو غريم)) وهذا لا يصح، لأنه منقطع، وعكرمة بن عمار ضعيف.

ومن طريق أحمد بن شعيب، أنا زكريا بن إسحاق، أنا إسماعيل بن علية، عن أيوب السختياني، عن عكرمة، عن علي: ((يؤدي المكاتب بقدر ما أدى)).

ومن طريق عبد الرزاق، نا معمر، عن أيوب السختياني، عن عكرمة، عن علي قال: ((المكاتب يعتق منه بقدر ما أدى)) .

ومن طريق وكيع، نا المسعودي، عن الحكم بن عيينة، عن علي بن أبي طالب، قال: ((تجري العتاقة في المكاتب من أول نجم)) وتقدم عن علي من طريق الشعبي في المكاتب: ((يعتق بالحساب)).

(412/2)

قال ابن حزم بعد إن ذكر هذه الأقوال: لا نعلم لشيء منها حجة، وأكثرها من أقوال الصحابة، إلا أن من قال: ((المكاتب عبد ما بقي عليه درهم)).

فاحتجوا بما روينا من طريق عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم: ((المكاتب عبد ما بقي عليه درهم من مكاتبته)) ومثله من طريق عباس بن محمد، عن أحمد بن يونس، عن هشيم، عن جعفر بن إياس، عن نافع، عن ابن عمر، وهذا الخبر موضوع بلا شك، لم يعرف قط من حديث عباس بن محمد، ولا من حديث أحمد بن يونس، ولا من حديث هشيم، ولا من حديث جعفر، ولا من حديث نافع، ولا من حديث ابن عمر، إنما هو معروف من قول ابن عمر.

وحديث: أحمد بن شعيب مضطرب فيه، وحديث علي، وابن عباس، في غاية الصحة، ومن علل خبرهما بأنه اضطرب فقد كذب . انتهى.

قال في (المنحة): والظاهر أن التقدير إذ صدر عنهم . أي عن الصحابة . فإنه محمول على أن ذلك من السنة . انتهى.

قال ابن حزم: فإن قالوا: هو قول ـ أم المؤمنين ـ عائشة، وما كان الله ليهتك رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بدخول من لا يحل دخوله على أزواجه.

قلنا: صدقتم وإنما حرم الله عليهن دخول الأحرار فقط، والمكاتب يؤد شيئاً فهو عبد، وما دام يبقى عليه فلس فليس حراً، ولكن بعضه حر وبعضه عبد، ولم تُنْتهين عمن هذه صفته.

فإن قالوا: قد صح أن المكاتب كان عبداً فهو كذلك.

فقلنا: نعم ما لم يأت نص بخلاف هذا فيوقف عنده، وقد صح النص بخلاف هذا أو بشروع الحرية فيه ـ انتهى.

(تنبيه): جميع ما في هذه المسألة من الأقوال منحصر في قولين:

الأول: أن المكاتب لا تتبعض أحكامه، ثم افترقوا فمنهم من قال: بأنه حر إذا سلم من مال الكتابة، وكل على أصله، ومنهم من قال: إنه حر بمجرد الكتابة على الخلاف بينهم.

ومنهم من قال: بأنه عبد ما بقي عليه درهم، وهو الثالث منها، وحجتهم حديث ابن عمر: ((المكاتب عبد ما بقي عليه درهم)).

ورد بأنه موقوف على [ابن] عمر، وقد رفعه ابن قانع، وأخرجه من طريق عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده: أبو داود والنسائي، لكن قال الشافعي: لم أرى من رضيت من أهل العلم يثبته كما تقدم، وذكره المؤلف ـ رضي الله عنه ـ قبل (باب حد القاذف).

ثم قال: وأجيب: بأنه عام مخصوص بما صح من تبعيض الحد والميراث بقدر ما عتق منه، كما تقدم في حديث علي وابن عباس، ويكون له حكم العبد فيما عدا ذلك، كما هو شأن العام والخاص ـ انتهى.

وسيأتي تمام الكلام على هذه المسألة في شرح الحديث الآتي ـ إن شاء الله ـ وبقية الأقوال، وهو الثاني: على أن المكاتب تتبعض أحكامه وكل على أصله، وحجتهم ما تقدم عند أبي داود، والترمذي، والنسائي، وغيرهم من حديث علي، وابن عباس، كلاهما مرفوعاً.

ولا علة له، فثبت أن أحكام المكاتب تتبعض، من: الديون، والأرش، والحدود، والمياريث، له ومنه بقدر ما عتق منه، وذلك هو بقدر ما سلم من مال الكتابة، وإلى ما نحن بصدده من الأحكام المتبعضة وهو الميراث، أشار الإمام عليه السلام بقوله:

باب المكاتب

هذا الباب في بعض نسخ (المجموع) المشهورة بالصحة ثابت، وإنما عقده الإمام عليه السلام بعد حديث الباب السابق، لبيان معرفة كيفية عمل أهم ما يتبعض من أحكام من يعتق بعضه من المكاتبين بقدر ما أدى من مال الكتابة؛ لمنطوق الأدلة المذكورة كيف يورث من غيره منفرداً ومع غيره، وكيف يورث غيره منه من له أي أسباب الميراث، ومن له عليه منه أو معاً مع بيان حكم توابع الميراث من الحجب، والإسقاط، والمشاركة، والتعصيب.

واعلم .. إن توريث المكاتب عند الإمام عليه السلام على خلاف قاعدة أهل الفرائض الآتي ذكرها، فكان عليه السلام يورث المكاتب بقدر ما أدى من جميع المال، ويقسم التركة على قدر أجزاء الحرية في سائر الورثة، وحكمه في الباب حكم العبد.

وقد أشار الإمام عليه السلام إلى كيفية توريث المكاتب من غيره، بقوله:

(415/2)

[كيفية قسمة الميراث بين اثنين أحدهما حر والآخر عبد]

حدثني زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي عليه السلام في رجل مات، وخلف ابنين أحدهما حر، والآخر [عبد] عتق نصفه: ((فالمال بينهما أثلاثاً: للذي عتق كله ثلثا المال، والذي عتق نصفه ثلث المال)).

بيض له في (التخريج) والخبر بلفظه في (المنهاج الجلي)، ولم أجده بهذا السياق بعد مزيد من البحث، ويشهد لما دل عليه الخبر، والتوريث للمكاتب بقدر ما أعتق منه ما تقدم قبل الباب عند أبي داود، والترمذي، والنسائي، وابن حزم في (المحلى) من طريق علي وابن عباس الناطق كل منهما بثبوت توريث المكاتب لما عتق منه بقدر ما أدى من مال الكتابة.

وأخرج أحمد بن حنبل من طريق محمد بن الحكم، بلفظ: ((إذا كان العبد نصفه حراً ، ونصفه عبداً، ورث بقدر الحرية)) كذلك روي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم، وذكره في (منتقى الأخبار)، ورجال إسناده ثقات.

قاله الحافظ ابن حجر في (فتح الباري): ((لكنه تقول في إرساله ووصله)) وأخرج الدارقطني في (سننه): نا يحيى بن عبد الله بن يحيى العطان، نا محمد بن عمرو بن أبي مذعور، نا يزيد بن هارون، نا حماد بن سلمة، بتمام سنده ومتنه.

فهذه الأدلة وما أدى لفظها أو معناها صالحة للإحتجاج؛ لما دل عليه حديث (المجموع) وللإحتجاج لما ذكرنا عند الإمام زيد من توريث المكاتب بقدر ما أعتق منه بمقابل ما سلم من

مال الكتابة أنه من جميع التركة، وما سيأتي عند أهل الفرائض، أنه من جزء التركة المقابل لجزء ما أعتق منه، وسنذكر وجه كل ذلك وتحقيقه قريباً . إن شاء الله.

(416/2)

والحديث يدل: على أن ميراث المكاتب بقدر ما أعتق منه أنه من جميع التركة لا من جزء التركة المقابل لجزء ما أعتق منه، فيصير حكمه في قدر ما أعتق منه حكم الحر في الميراث من جميع التركة.

وكذا توابع الميراث من الأحكام التي هي: الحجب، والإسقاط، والتعصيب، وكذلك المكاتبة بعدم الفارق بينهما له ومنه، لما تقدم.

ولسيدي الوالد العلامة الحجة أحمد بن محمد بن يحيى السياغي . رحمه الله . ما لفظه:

((والوجه في ذلك عند الإمام عليه السلام أن أجزاء حرية الورثة هاهنا ثلاثة أصناف، فيقسم المال عليها أثلاثاً، قابل كل نصف من أجزاء حرية الورثة ثلث المال، فللذي عتق كله ثلثا المال، وللذي عتق نصفه ثلث المال)) . انتهى.

هذا .. واعلم: إن أدلة أحكام المكاتب الذي أعتق بعضه بقدر ما أدى من مال الكتابة ناطقة بتبعيض أحكام ما يتبعض منها حياً وميتاً، بقدر ما أدى من مال الكتابة دون البعض.

وقد قرر علماء الصحابة فمن بعدهم ما يتبعض منها وما لا، واستقر عدم الخلاف بينهم في التي لا تتبعض من الأحكام، كالرجم، والغسل من المكاتبة لسيدها والعكس، واللعان، والحجج، وعقد من ولاية نكاحها إليه، وغيرها من الأحكام أنه لا يثبت منها أي شيء ما بقي عليه من مال الكتابة درهم، وأنه عبدٌ له أحكام المماليك حتى يتم عتقه، فيثبت له أحكام الأحرار، وإنما اختلفوا في الأحكام التي تتبعض فيه بقدر ما أعتق فيْه، كالميراث وتوابعه له ومنه، وهو الذي نحن بصدد.

(417/2)

فقال أمير المؤمنين علي بن أبي طالب، وابن عباس، وعمر بن الخطاب، في رواية، وابن مسعود، والإمام زيد بن علي، ومن تبعه، وجمهور الصحابة، فمن بعدهم.

وبه قال الهادي، ومن تابعه، وأحمد، والمؤيد بالله، وأبو طالب والنخعي، وعثمان البتي، والشعبي، وسفيان الثوري في قول، وداود، وجميع أصحابه، وهو أحد أقوال الشافعي، وبه قال

ابن حزم، ومن المتأخرين المحققان . المقبلي، والجلال . .

ورجحه الفقهاء للمذهب، وهو قول جمهور علماء الفرائض وغيرهم من جماهير علماء التفسير والحديث، وعلماء الأصول: أن المكاتب يرث ويورث بقدر ما أدى، ويُحجب بقدر ما أدى، ويعتق منه بقدر ما أدى، وأدلة الباب ناطقة بقضاء علي بذلك.

وصرح به الشيخ العصيفري في ((مفتاحه)) بقوله: ((المكاتب يرث، ويورث ، ويعصب، ويحجب، ويشارك، ويسقط بقدر ما أدى من مال الكتابة)).

ولفظ (البحر): ومن عتق بعضه ورث وورث بقدر ما عتق منه، إذ قضى علي بذلك، وذكر حديث المجموع المذكور، والذي سيأتي . انتهى.

والوجه في ذلك: إنه قد شرع فيه العتق، والحرية، بقدر ما أدى، وبقي سائره مملوكاً، ويسقطه من تقدم عليه جهةً أو قرباً أو قوة، وهكذا سائر أحكامه التي تتبعض بقدر ما أعتق فيه.

وإنما اختلفوا في كيفية توريثه، فأمير المؤمنين علي، وابن عباس، وعمر في رواية، وابن مسعود في رواية، وزيد بن علي ومن تابعه إلى ما دل عليه الخبر: أنه يرث بقدر ما أدى من مال الكتابة من جميع المال، وتقسم التركة على قدر أجزاء الحرية في سائر الورثة كما تقدم، ومن عداهم.

(418/2)

وصرح به علماء الفرائض في مؤلفاتهم، إلى أنه يرث، ويورث بقدر ما أدى من مال الكتابة من التركة يقسم بين جميع الورثة وما بقي من التركة بمقابل ما لم يؤد من مال الكتابة تقسم بين من عداه من الورثة، وهكذا حتى يتم عتقه بتمام أدائه لمال الكتابة.

وقال عمر بن الخطاب في رواية، وعثمان بن عفان، وابن عمر، وجابر، . وأم المؤمنين . عائشة، وأم سلمة، ويروى عن عطاء، وإبراهيم، والزهري.

وهو مأثور عن طائفة من التابعين، منهم: عروة بن الزبير، وسليمان بن يسار.

وصح عن سعيد بن المسيب، وقتادة، والحسن، والأوزاعي، وسفيان الثوري في قول، وابن شبرمة، وابن أبي ليلى، وأحمد، وإسحاق، وأبو ثور، وأبو سليمان.

وبه قال أبو حنيفة، ونسبه البدر الأمير في ((المنحة)) إلى الهدوية، والحنفية، والشافعي، ومالك: إن المكاتب لا يثبت له شيء من الأحكام التي تتبعض حتى يعتق جميعه، وأنه عبد له أحكام المماليك.

واختاره البدر الأمير، ذكره في (سبل السلام) قال: وإلى هذا ذهب الجمهور، والهدوية، والحنفية، والشافعية، ذكره في حديث عمرو بن شعيب الآتي في حججهم.

قلت: ولعل نسبته إلى الهدوية سبق قلم، أو عن سهو، لما ذكر في حديث ابن عباس الآتي في حجج الأولين، قال: وهو قول الهدوية، وللتصريح بذلك في كتبهم، وما في ((المنحة)) عن الشافعي هو في أحد قوليه.

احتج الأولون بأدلة الباب وشواهدها، وبما أخرجه ابن حزم من طريق علي، أنه قال:

((المكاتب يعتق منه بقدر ما أدى من مال الكتابة، ويرق منه بقدر ما بقي، ويرث منه بقدر ذلك، ويحجب بقدر ذلك)).

(419/2)

وأخرج من طريق ابن عباس، عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم، أنه قال: ((إذا صار المكاتب حراً ورث وورث وجلد بحسب ما عتق منه)) وبما تقدم في الحديث السالف عند ابن حزم، بلفظ: قال: وروينا من طريق أحمد بن شعيب، أنا أحمد بن عيسى الدمشقي، نا يزيد بن هارون، أنا حماد بن سلمة، عن قتادة، وأيوب السختياني، قال قتادة: عن خلاس بن عمرو، عن علي بن أبي طالب، وقال أيوب: عن عكرمة، عن ابن عباس، عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم، كلاهما عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم، أنه قال: ((المكاتب يعتق منه بقدر ما أدى ، ويقام عليه الحد بقدر ما أدى، ويورث بقدر ما عتق منه)) . انتهى.

وأخرج أبو داود، والترمذي، والنسائي، عن خلاس بن عمرو، عن علي بن أبي طالب، وأيوب عن عكرمة، عن ابن عباس، كلاهما عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال:

((المكاتب يعتق منه بقدر ما أدى ، ويرث، ويقام عليه الحد بقدر ما عتق منه)) . انتهى.

وأخرجه أبو داود، والترمذي، والنسائي، وأحمد، من طريق خلاس بن عمرو، بتمام سنده مرفوعاً.

قال البدر الأمير: ولا علة له، وهو يؤيد حديث ابن عباس السالف ذكره عند ابن حزم، وغيره من طريق يحيى بن أبي كثير، عن عكرمة، عن ابن عباس مرفوعاً.

وفي الباب أدلة كثيرة ناطقة بتبعيض ميراث المكاتبة الذي سلم بعض مال المكاتبة بقدر ما عتق منه ميراث الحر، وهذه الأدلة تبين أن المراد بحديث الأصل المكاتب الذي أدى الشطر في مال الكتابة، إذ هو الذي يمكن تبعيض عتقه، إذ لو عتق نصفه أو بعضه في غير كتابة سرى العتق إلى جميعه.

(420/2)

خلافاً لأبي حنيفة، وربيعة، وطائفة من العلماء، فقالوا: يتبعض العتق، ولا يسري، فيكون ظاهر الحديث على هذا متناولاً للمكاتب والذي عتق بعضه.

وقد تبين ـ أيضاً ـ من أدلة الباب بتبعيض عتق المكاتب، ويجزيه بقدر ما سلم من مال الكتابة الموسومة لتمام عتقه متى ما سلم الوفاءَ، لما تقدم: إن الرق من موانع الميراث، فإذا عتق من المكاتب جزءاً قليلاً أو كثيرا، ثبت له من تلك الأحكام بمقابل ما سلم من مال الكتابة.

والوجه في ذلك: أنه زال عنه الرق في مقابل ما قد سلم من مال الكتابة المانع له من الميراث.

واحتج الآخرون بحديث: عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم، قال: ((المكاتب عبد ما بقي عليه من مكاتبته درهم)).

أخرجه أبو داود بإسناد حسن، وأصله عند أحمد، والثلاثة، وصححه الحاكم، ورواه مالك في ((الموطأ)) عن نافع، عن ابن عمر موقوفاً، ورواه ابن قانع من طريق أخرى، عن نافع، عن ابن عمر مرفوعاً.

وأخرجه النسائي، وأبو داود، والحاكم، من طرق، وذكره ابن حجر في (بلوغ المرام) قال البدر الأمير: ((وروي من طرق كلها لا تخلو من مقال)). انتهى.

قلت: وهي مع ذلك إذا انضم بعضها إلى بعض قويت على الإحتجاج، ويعضده ما رواه ابن حبان من وجه آخر من حديث عطاء، عن عبد الله بن عمرو بن العاص، في حديث طويل، وفي لفظه: ((من كان مكاتباً على مائة درهم فقضاهن إلا أوقية فهو عبد)) .

ويجاب عن الأولين: بأن النسائي قال: ((هذا منكر، وهو عندي خطأ)) قال ابن حزم: عطاء هذا هو: (الخراساني) ولم يسمع من عبد الله بن عمرو.

(421/2)

وقال الشافعي في حديث عمرو بن شعيب: ((لا أعلم أحداً روى هذا، إلا عمرو بن شعيب، ولم أر من رضيت من أهل العلم يثبته، وعلى هذا فتيا المفتين)) ـ انتهى.

وحديث ابن عمر أعل بالإنقطاع، قال الترمذي: ((غريب)) وأشار إلى ضعفه الشافعي، وناقشه البيهقي، وأخطأ المجد ابن تيمية في (الأحكام) حيث قال: ((رواه الخمسة، إلا النسائي)) وهو فيه من طرق كثيرة.

أجاب الآخرون: بأن أبا داود أخرجه بسند حسن.

وذكره في (التلخيص)، ونسبه إلى أبي داود، والنسائي، والحاكم من طرق، وأخرج الدارمي في (باب المكاتب) بلفظ: حدثنا أبو النعمان، حدثنا أبو عوانة، عن مغيرة، عن إبراهيم قال:

((ليس للمكاتب ميراث ما بقي عليه شيء من مكاتبته)) .

وفيه: حدثنا يعلي، حدثنا عبد الملك، عن عطاء . أعني ابن السائب .: في رجل له بنون قد أعتق من بعضهم النصف، ومن بعضهم الثلث، ومن بعضهم الربع، قال: ((لا يرثون حتى يعتقون)) [يعتقوا] . انتهى.

وأخرج الشافعي بسنده إلى زيد بن ثابت، أنه قال في المكاتب: ((هو عبد ما بقي عليه درهم)) .

أجاب الأولون عن حديث عمرو بن شعيب، بأن الشافعي ضعفه بما تقدم ذكره، وقال الترمذي: غريب، قال ابن حزم: حديث المكاتب كلها ساقطة، أحدها حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، وهي صحيفة.

وحديث ابن عمر موضوع مكذوب، ثم هو موقوف عليه، ولا حجة فيه، ولا فيما روي عن عطاء، وإبراهيم.

وقد تقدم أن عطاء لم يسمع من عبد الله بن عمرو، فالحديث منقطع. انتهى.

وبرواية الشافعي عن زيد بن ثابت مرسلة.

أجاب الآخرون: بأن الحاكم صحح إسناد عمرو بن شعيب، وتعددت طرقه، فيؤيد بعضها بعضاً.

(422/2)

أجاب الأولون: باتفاق أئمة النقل، وأئمة الحديث على تضعيف حديثه، وقد احتج به الشافعي على أنه لا يحل بيعه إلا أن يعجز.

وأجاب عن ابن حزم بأنه في غاية التناقض، لأنه إذا كان عبداً فبيعه جائز ما لم يأت نص بالمنع من بيعه، ولا نص في ذلك، فسقط الاحتجاج به في هذا الباب، ولو سلمنا صحته في هذا الباب لما استقامت معارضته لأدلة الباب، وكذا حديث ابن عباس بلفظ: حد المكاتب حد مملوك، لحمل كل منهما على ما لا يتبعض من الأحكام المذكورة، كالحج والقصاص، ونحو ذلك، أو قبل أن يؤدي شيئاً من مال الكتابة، وتحمل أدلة الباب فيما يتبعض كالميراث وتوابعه والدية والأروش، ونحو ذلك جمعاً بين الأدلة.

وأجاب الآخرون: عن حجج الأولين: بأنها من طريق عكرمة، قال البيهقي: قال أبو عيسى . فيما بلغني عنه .: سألت البخاري، عن هذا الحديث؟ فقال: روى بعضهم هذا الحديث عن أيوب، عن عكرمة، عن علي.

واختلف عن عكرمة فيه، ورواية عكرمة عن علي مرسلة، وروايته عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم مرسلة، وروي عن علي من طرق مرفوعاً، وموقوفاً.
قال البدر الأمير: قلت: فقد ثبت له أصل، إلا أنه قد عارضه حديث الكتاب . أي حديث عمرو بن شعيب، وقول الجمهور . دليلهُ الحديث، وإن كان ما خلت عن قادح إلا أنه أيدته آثار سلفته عن الصحابة، ولأنه أخذ بالإحتياط في حق السيد فلا يزول ملكه، إلا بما قد رضي به من تسليم ما عند عبده، فالأقرب كلام الجمهور . انتهى.

(423/2)

فاعلم أن ما سبق ذكره عن علي عليه السلام: ((أنه إذا أدى النصف فهو غريم)) ليس فيه أي مخالفة للمشهور عنه من توريث من بعضه حراً بما فيه من الحرية، دون ما فيه من الرق.
وكذا ما ذكرنا في الحديث قبل هذا من سائر الأقوال أن المكاتب إذا أدى ربع مال الكتابة، أو ثلث مال الكتابة، أو ثلاثة أرباع قيمته، أودي قيمته أو الأقل من قيمته أو الشطر.. وفي كل منها فهو غريم.
فالمراد: أنه لا يقبل تعجيزه، ويرد في الرقية، بل يطالب بباقي مال الكتابة.
وهذه مسألة أخرى، وهذا أحسن ما يمكن من الحمل لها للجمع فيما بينها.
أما بقية الأقوال المذكورة قبل الباب: أن المكاتب حر ساعة العتق، أو أنه يعتق بنفس الكتابة، أو أنه إذا سلم النصف أو الثلث فقد عتق، أو إذا سلم ثمن رقبته فقد عتق، أو إذا سلم قسطاً من مال الكتابة فقد عتق فقد سبق ذكر جواب ابن حزم، بلفظ: ((لا نعلم لشيء منها حجة)) وأكثرها من قول الصحابة . انتهى.
وقضى أمير المؤمنين على في أحاديث هذا.
وأما كيفية العمل في مسألة الباب عند الإمام زيد بن علي عليه السلام، ومن تابعه، ومن سلف ذكره من الأولين؟
فقد تقدم بيانه، وأضاءَ عند غير من ذكرنا وهم الجمهور، وعليه أهل الفرائض، فلهم في ذلك طريقتان:
أحدهما: طريقة الاشتراك في جزء العتق، بأن نقول: قد اشتركا في نصف المال فهو بينهما نصفان، والنصف الآخر للحر، ومخرج نصف النصف من أربعة لهما اثنان لكل واحد سهم وهو ربع المال ونصف الآخر للحر، فصح للحر ثلاثة أرباع المال، وللذي عتق نصفه ربع المال.

(424/2)

والثانية: طريقة المسائل في هذا المثال، أن تجعل المسألة من اثنين تضربها في مخرج جزء العتق، ومخرجه من اثنين يكون أربعة، إذ هي مربع الأثنين، وهو المال وقسمته كما مر.
وحمل بعض العلماء كلام أمير المؤمنين عليه السلام في الخبر يجعل الذي عتق نصفه بمثابة الأنثى الخالصة، لما ثبت بالاستقراء أن لها نصف ما للذكر مع أخيها الذكر، فيقسم المال بينهما أثلاثاً للذي عتق كله ثلثا المال، وللذي عتق نصفه ثلث المال، والمسألة من ثلاثة.
وقد ذهب إلى هذا طائفة من العلماء، والظاهر من كلامه عليه السلام ما تقدم بيانه، هذا مثال ما يرث من غيره.
وأما مثال ما يرث غيره منه إذا مات المكاتب وقد عتق بعضه فعليه خلاف قديم، وحديث قاله ابن حزم، قال: فقالت طائفة: ماله كله لسيده، روينا ذلك من طريق عبد الرزاق، عن معمر، عن قتادة، عن معبد الجهني: قال عمر بن الخطاب في المكاتب يموت وله أولاد أحرار، وله مال أكثر مما بقي عليه: ((أن ماله كله لسيده)) .
وعن عبد الرزاق عن سفيان الثوري، عن طارق، عن الشعبي، عن زيد بن ثابت، قال في المكاتب يموت وله ورثة: ((أن ماله كله لسيده)).
ومن طريق عبد الرزاق: عن ابن جريج عن عطاء، عن ابن عمر قال فيما ترك المكاتب هو كله لسيده، وهو قول عمر بن عبد العزيز، وقتادة، والنخعي، والشعبي، والشافعي، وأحمد بن حنبل، وأبي سليمان، وأصحابهم.

(425/2)

وقالت طائفة غير هذا، كما روينا من طريق ابن سلمة، وعبد الرزاق، قال حماد: أنا سماك بن حرب، عن قابوس بن مخارق بن سليم، عن أبيه، وقال عبد الرزاق، عن ابن جريج عن عطاء، ثم اتفقا عن علي عليه السلام: في مكاتب مات وله ولد أحرار، قال: ((يؤدي مما ترك ما بقي من مكاتبته، ويصير ما بقي ميراثاً لولده)).
ومن طريق عبد الرزاق، عن سفيان بن عيينة، والمعتمر بن سليمان، كلاهما عن إسماعيل بن أبي خالد، عن الشعبي، قال: كان ابن مسعود يقول في المكاتب إذا مات، وترك مالاً: ((أدي عنه بقية كتابته، وما فضل رد على ولده إن كان له ولد أحرار)) وبه كان يقضي شريح .
ومن طريق عبد الرزاق، عن معمر، عن قتادة، عن معبد الجهني، أن معاوية قال في مكاتب

مات، وله ولد أحرار، ومال: ((أن يعطي سيده بقية كتابته، ويكون ما بقي لولده الأحرار)) وبه يقول معبد، وهو قول الحسن البصري، وابن سيرين، والنخعي، والشعبي، أن ذلك لورثته بعد أداء كتابته، وهو قول عمرو بن دينار.

ومن طريقة عبد الرزاق، عن معمر، عن الزهري قال: ((إذا كان للمكاتب أولاد معه في كتابته، وأولاد ليسوا معه في كتابته، فإنه يؤدي ما بقي من كتابته، ثم يقسم ولده جميعاً ما بقي من ماله على فرائضهم)) وهو قول سفيان الثوري، والحسن بن حي، وأبو حنيفة، وإسحاق ابن راهوية.

(426/2)

وقالت طائفة غير هذا، كما روينا عن مالك ومن قلده أن المكاتب إذا كان معه في كتابته أبويه والجد والجدة وأولاده ومن بعدهم وأخوته وزوجاته وكاتب عن نفسه وعنهم كتابة واحدة أو بعضهم، وله أولاد أحرار، فمات وترك مالاً، فإنه يؤدي ما بقي من كتابته، ويرث من ذكرنا ممن كان معه في الكتابة، ما بقي على قسمة المواريث، ولا يرث معه من كان من الورثة أحراراً ..

إلى أن قال - أي ابن حزم - : ولا نعلم هذا القول عن أحد - انتهى.

وقال الجمهور: ورجحه الفقهاء للمذهب، أنه يورث بقدر ما عتق منه، ويرثه مولاه بقدر ما بقي منه رقاً، وليس لمولاه من باقي مال الكتابة شيء.

وأخرج ابن حزم من طريق عبد الرزاق عن معمر، عن قتادة، أن علي بن أبي طالب، قال في المكاتب: ((أنه يرث بقدر ما أدى، ويعتق منه بقدر ما أدى، ويجلد الحد بقدر ما أدى، وتكون ديته بقدر ما أدى)) .

وقال النخعي: رواه ابن حزم من طريق الحجاج بن المنهال، نا أبو عوانة، عن الأعمش، عن إبراهيم النخعي، أنه سئل عن المكاتب؟ فقال: إذا أدى قيمة رقبته فهو غريم، وإن مات أدى عنه بقدر مكاتبته، وورث ولده بقدر ما عتق منه، وورث مواليه بقدر ما رق منه.

نحو: أن يكاتبه على ستين ديناراً فأعطي منها عشرين ديناراً، ثم توفي عن زوجته حرة، وولد حر، وترك ثلاثين ديناراً.

فعلى كلام غير الجمهور، أن متروكه يقتضي به، وليس للورثة شيء.

وعلى كلام الجمهور: لمولاه عشرون بمقابل ما بقي منه رقاً، وعشرة بمقابل ما عتق منه، حكمها حكم أموال الأحرار: لزوجته الثمن، والباقي لولده تعصيباً.

(427/2)

وقد نص أهل المذهب: أن لمولاه أخذ العشرة التي للورثة بأن يبريه فيما بقي من مال الكتابة، ويموت حراً، فإن ترك خمسين ديناراً فعلى كلام الطائفة الأولى لمولاه كل ذلك، وعلى كلام الجمهور: لمولاه ثلثي الخمسين الدينار بمقابل ما بقي منه رقاً، وثلثها لورثته بمقابل ما أعتق منه.

ومثال التعصيب: أن يكون بدل الابن الحر في مثال الأصل بنتاً حرة وابناً عتق نصفه، فنصف المال بينهما، للذكر مثل حظ الأنثيين تعصيباً، عملاً بطريقة الاشتراك في جزء العتق، ومخرج ثلث النصف من ستة، فنصفها بينهما أثلاثاً، وتبقى ثلاثة للبنت، وتنكسر عليها بمخرج النصف وهما اثنان، فتضربه في الستة يكون اثني عشر نصفها بينهما، للذكر مثل حظ الأنثيين.

وللبنت من النصف الآخر نصفه ثلاثة، وهي ربع المال بالتسهيم، ويبقى ربع المال ثلاثة للعصبة إن كانت أو رد عليها إن لم تكن، وتصح المسألة بعد الرد من ثلاثة لها سهمان وله سهم، وتورد في الاحاجي أين من يرث المال ابن وبنت البنت الثلثان، وللإبن الثلث، ويجاب بهذا المثال، ومثال الحجب والاسقاط: ابن عتق نصفه، وزوجة، وأم، وأخ أحرار.

(428/2)

فطريقة الاشتراك في جزء العتق وهو النصف للزوجة الثمن، ومخرج ثمن النصف من ستة عشر، وللأم السدس، ومخرج سدس النصف من اثني عشر والمخرجان متوافقان بالأرباع، فاضرب ربع أحدهما في كامل الآخر يكون ثمانية وأربعين: للزوجة ثمن نصف المال وهو أربعة وعشرون وذلك ثلاثة، ولأم سدسه أربعة، والباقي سبعة عشر للإبن، ويسقط الأخ والنصف الآخر يكون للأم ثلثيه ثمانية مضافاً لها إلى أربعة يكون اثني عشر وهو ربع المال، وللزوجة ربعه ستة إلى ثلاثة يكون تسعة وهي سدس المال وثمن سدسه.

والباقي عشرة للأخ فقد حجب الأم والزوجة في نصف المال، وأسقط الأخ في نصف المال، ومن أمثلة ما تقدم:

قوله:

(429/2)

[الأب الحر والابن نصف الحر]

حدثني زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي عليه السلام في أب حر، وابن نصفه حر،

قال: ((للأب النصف، وللإبن النصف)).

بيض له في (التخريج) وهو بلفظه: في (المنهاج الجلي) وذكره الإمام المهدي في (البحر) ونسبه في تخريج (البحر) إلى (الانتصار) وهو بلفظه في (أصول الأحكام).

والوجه في أن للأب النصف، وللإبن النصف: أن للأب جميع المال لو كان الإبن عبداً، فلما عتق نصفه انتقص الأب بقدر جزء العتق في الولد، وهو نصف ما كان يستحقه وأخذه الإبن، ونزل الأب في هذا النصف، كأنه لا وارث له سوى الإبن، وذلك لأن الأب قد استوفى لما ذكرنا سابقاً عند الإمام عليه السلام أن توريث المكاتب بقدر ما أدى من جميع المال ..إلى آخره . انتهى ملخصاً مما حرره سيدي الوالد العلامة أحمد بن محمد بن يحيى السياغي . رحمه الله . بخطه.

وأما كيفية العمل في مسألة الخبر عند أهل الفرائض؟ فعلى طريقة الإشتراك تقول: اشترك الأب والإبن في جزء العتق وهو النصف بينهما، للأب السدس، والباقي للإبن، ومخرج سدس الناصفة من اثني عشر، نصفه ستة للأب سدس الناصفة سهم، والباقي خمسة للإبن، والناصفة الأخرى للأب ستة منضمة إلى السهم المذكور يكون سبعة، وهي نصف المال ونصف سدسه، وعلى طريقة المسائل نقول: أصل المسألة من ستة من مخرج فرض الأب تضربها في مخرج جزء العتق ومخرجه من اثنين، يكون اثني عشر وهو المال وقسمتها كما مر.

(430/2)

وأما عند الإمام زيد بن علي ومن تابعه فعلى ما ذكرناه في الوجه، وعلى ما ذكرنا في الخبر قبل هذا أن قاعدته عليه السلام في توريث المكاتب أنه يرث في جميع المال بقدر ما سلم من مال الكتابة، ولا يشاركه فيما قابل ما عتق منه من المال أحد من الورثة سواء كان الوارث في درجته وجهته كما في الخبر الأول أم لا كما في الخبر هذا فالمسألة من اثنين للإبن الذي عتق نصفه سهم ولأب سهم، فإن عتق ربع الولد استحق ربع التركة، وللأب ثلاثة أرباعها، وهكذا لو عتق ثلثه أو سدسه استحق من التركة بمقابل ذلك، وللأب ما عدا ذلك.

ومع ذلك فلا حاجة لما قاله أهل الفرائض من حمل كلام الإمام زيد بن علي على أنه جعل الإبن الذي عتق نصفه بمثابة البنت الحرة، لما ثبت أن ميراثها نصف ميراث الذكر عند اجتماعهما، لقوله تعالى: {لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنثَيَيْنِ}[النساء:11] ومع انفرادها النصف لقوله: {وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ}[النساء:11].

فكذلك الإبن الذي عتق نصفه له ميراث البنت عند انفرادها وهو النصف، فيستحق النصف له

فريضة، والنصف الآخر للأب فرضاً وتعصيباً، وأصل المسألة من ستة من مخرج الأب له السدس سهم فرضاً، وللإبن الذي عتق نصفه النصف ثلاثة، والباقي اثنان للأب إلى ما مضي له تكون ثلاثة، وهي نصف المال.

(431/2)

إذ لو بقينا الإبن على كونه ذكراً باعتبار ما فيه من الحرية، وأعملنا المسألة على طريقتي أهل الفرائض السالف ذكرها عملاً بما قاله الجمهور لما يأتي للإبن الناصفة، وقد نص قول أمير المؤمنين في الخبر على الناصفة، وصح ذلك عنه، فلا نجد بداً من الحمل على ما ذكرنا، وهذا الحمل حسن، ويؤيد ذلك أنه قد ثبت أن الإبن أقوى من البنت في كثير من أحكام الفرائض، وهي: مع الأب تأخذ النصف فلا ينتقص الإبن الذي عتق نصفه مع الأب عن رتبتها، وحالها لعدم موافقته لقاعدة أهل الفرائض.

ولعلهم لم ينتبهوا لقاعدة الإمام السالف ذكرها في هذا الباب أنها تخالف قاعدتهم كما عرفت، هذا إذا كان المكاتب الذي عتق نصفه هو الولد مع الأب الحر، أما إذا كان الوارث الذي عتق نصفه من غير فصول المتوفي مع بقية الورثة الأحرار، فقد أشار الإمام عليه السلام إلى كيفية العمل بينهم في قسمة متروك مورثهم لقوله:

(432/2)

[نصيب الأم الحرة والأخوات نصف الأحرار]

حدثني زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي عليه السلام: في أم حرة، وثلاث أخوات نصف كل واحدة منهن حر، وعم حر، قال: ((للأم تسعة من ست وثلاثين وهو ربع المال، ولكل واحدة من الأخوات أربعة، وللعم خمسة عشر)).

بيض له في (التخريج) وهو بلفظه في (المنهاج الجلي).

واحتج به الإمام المهدي في (البحر) ونسبه في تخريج (البحر) إلى (الانتصار)، ولم أجده على هذا السياق في كتب السنة، ولفظ الخبر هو لفظ نسخة المؤلف ـ رضي الله عنه ـ بخطه الشهير بالصحة.

وكذلك هو في كثير من نسخ (المجموع) الخطية الشهيرة، وهكذا لفظه في ((المجموع الحديثي)) للإمام زيد بن علي، من طريق علي عليه السلام، ووجدت بخط سيدي الوالد

العلامة أحمد بن محمد بن يحيى السياغي رحمة الله ما لفظه:
((والوجه في كون المسألة من ستة وثلاثين أنك تضرب رؤوس المنكسر عليهن سهامهن، وهن الأخوات في أصل المسألة وهي ستة، تكون ثمانية عشر، ثم في مخرج جزء العتق، وهو النصف يكون ستة وثلاثين . انتهى.

ولفظ (المنهاج الجلي): ((وإنما جعل الإمام عليه السلام على هذه الصفة، لأنه أخذ نصف المال فجعل للأم ثلثه، وللأخوات ثلثيه، وذلك من اثني عشر نصيب لا ينقسم على الأخوات ولا يوافق، فاضرب رؤوسهن في أصل المسألة تكون ست وثلاثين، فتأخذ نصف ذلك، فتقسم للأم الثلث ستة، وللأخوات الثلثان اثني عشر، والباقي نصف المال للأم ثلثه ستة، وللعم الباقي)) . انتهى.

(433/2)

وقد قيل في هذا العمل بعض النظر، قلت: هو لما في ذلك من أن للأم اثني عشر من إلغاء حجب الأم في نصف المال مع ارث الأخوات، وهو في نسخة ((المجموع)) المسطرة هنا: للأم تسعة، بناءً على حجبها بالأخوات في الناصفة مع أرث الأخوات، ووراثة العم لما بقي من الناصفة وهو ثلاثة، منضمة إلى ماله في الناصفة الأخرى وهو اثني عشر، يتم له خمسة عشر المذكورة في الخبر.

فإن قيل: قوله: ((للأم تسعة)) يعارضه صريح ما تقدم لأمير المؤمنين علي بن أبي طالب في (باب الحجب) بلفظ: ((وكان لا يحجب الأم بالأخوات، إلا أن يكون معهن أخ لهن)) وهو هنا ليس معهن أخ لهن، فليست الأم محجوبة هنا فيتم لها اثني عشر، كما في (المنهاج الجلي).

قلت: قد تقدم الكلام هناك على ثبوت حجب الأختين للأم من الثلث إلى السدس، من كلام أمير المؤمنين علي عليه السلام بما أغنى عن إعادته، ولأن ما تقدم للإمام في حجب الأم حكاية فعل له عليه السلام وما هنا قول له عليه السلام، وإن لم يصرح بحجب الأم قولاً، فالمثال دال عليه، وهو مؤيد لما ذكرنا هنالك، والقول أرجح من الفعل وأقوى.

ولما في (الجامع الكافي) أن علياً وزيد بن ثابت كانوا يحجبون الأم من الثلث إلى السدس بالإثنين من الأخوة والأخوات . انتهى.

وفي بعض نسخ (المجموع) بلفظ: للأم تسعة من ست وثلاثين، ولكل واحدة من الأخوات ستة، وللعم تسعة . انتهى.

وهكذا قسمته سهام المسألة بين الورثة، قاله سيدي الوالد العلامة أحمد بن محمد بن يحيى السياغي ـ رحمه الله ـ قال:

(434/2)

وهذه النسخة هي الموافقة لطريقة الإمام عليه السلام في توريث المكاتب، وهي نسخة (المنهاج) والمسطرة في (المجموع الحديثي)، قال في حاشية (المجموع): وهي النسخة الأصلية، وإنما غيرت إلى المسطرة، ولعل من غيرها أنه حملها على الغلط من بعض الناقلين للكتاب لمخالفته المعروف عند طريقة أهل الفرائض، فورث الأخوات بقدر جزء عتقهن في نصف المال وهو ثمانية عشر، وقسمه على جميع الورثة، فللأخوات الثلثين اثني عشر لكل واحدة أربعة، وللأم السدس محجوبة بالأخوات، وللعم الباقي ثلاثة، والنصف الآخر قسمة بين الأم والعم فأعطى الأم ثلثه ستة، مضافة لها إلى الثلاثة الأولى ويكون مجموع ذلك تسعة، والعم الباقي اثني عشر مضافة إلى الثلاثة، يكون المجموع خمسة عشر.

ولم ينتبه لقاعدة الإمام عليه السلام في ذلك أنه يخالفهم، وبيانه على مذهبه، أن الأخوات يرثن بقدر مجموع حريتهن من جميع المال، وهو ثلاثة أنصاف ونسبتها من الأختين ثلاثة أرباع، فيكون لهن من ثلثي المال ثلاثة أرباعه ثمانية عشر لكل أخت ستة، وللأم السدس من جميع المال ستة محجوبة في نصف فرضها، باعتبار جزء العتق في كل واحدة منهن.

ولها ـ أيضاً ـ ثلث ربع المال، وذلك باعتبار ما نقص من حرية الأختين، لأنها غير محجوبة وهو الربع، مضافة لها إلى الستة الأولى، يكون المجموع تسعة، وللعم الباقي بالتعصيب، وهو تسعة، وهذا كله على رواية أنه كان عليه السلام يحجب الأم بالأختين كما هنا.

قال الخالدي في (شرحه): ((وهذه الرواية المشهورة عنه عليه السلام)) ـ انتهى بلفظه.

(435/2)

ولم أجد أحداً قد سبق إلى هذا التنبيه في مسألة الخبر، إلا ما وجدناه عن العلامة يحيى حميد، بلفظ: والوجه في ذلك أن الأخوات قد عتق نصفهن، فالباقي منهن بمنزلة أخت ونصف أخت، فنقصت الآخرة عن الأخرى من يستحق الثلثين ربعاً وهو نصف جميعه، فيسقط من ثلثي المال ربعه ستة، ويبقى ثمانية عشر لكل واحدة ستة، وثمانية عشر نصفان بين العم والأم ـ انتهى.

وعلى هذا فما قيل في هذا المثال إن فيه بعض النظر، لأن مصير التسعة السهام للأم من الناصفة الثانية لم يكن على جهة كونها محجوبة، ولا غير محجوبة، ولا ثالث لهما، إلا في الغراويين؛ لمنطوق النصوص، وليس ما هنا من ذلك، فلينظر.

قلت: لا وجه للنظر لو تنبه القائل بذلك لقاعدة الإمام، أنها تخالف قاعدة أهل الفرائض واعلم أن كلتي النسختين ناطقتان بأن للأم تسعة من كامل المال المذكور المنقسم على جميع الورثة، وهو ربع المال.

والخلاف بين النسختين بشأن ما للأخوات والعم، ففي المصدرة: ((لكل أخت أربعة، وللعمة خمسة عشر)) وفي التي قيل أنها الأصلية: ((لكل أخت ستة سهام، وللعم تسعة)) والأصلية هي الموافقة لقاعدة الإمام زيد بن علي لما ذكرنا، فحقها أن تسطر في (المجموع) وسقوط ما يقال عليها من النظر بعد معرفة الوجه.

ولما في ذلك من التصرف الذي لا يليق ولا ينبغي في صريح كلام أمير المؤمنين علي بن أبي طالب رضي الله عنه، لموافقة قاعدة من بعده من أهل الفرائض، وحمل كلامه على كلامهم.

(436/2)

وقد تقدم للمؤلف ـ رضي الله عنه ـ على حديث المجموع بلفظ: ((لا بأس بأبوال الغنم، والإبل، والبقر)) قول المؤيد بالله بلفظ: ومن مذهبنا أن علياً عليه السلام إذا قال قولاً وجب اتباعه، على أنه لم يرو عن أحدٍ من الصحابة خلافه ـ انتهى.

إذا عرفت ذلك وأردت معرفة أعمال مسألة الخبر على قاعدة أهل الفرائض، فنقول على طريقة الإشتراك في نصف المال، للأم السدس في مخرج سدس الناصفة من اثني عشر وذلك ستة، للأم سدسه سهم، وللأختين الثلثين أربعة، تنكسر على رؤوسهن، فتضرب رؤوسهن في المسألة يبلغ المال المنقسم على جميع الورثة ستاً وثلاثين، للأم سدس الناصفة محجوبة ثلاثة، وللأختين الثلثان اثني عشر لكل واحدة أربعة، وللعم الباقي في ثلاثة، والناصفة الثانية لأم ثلثها ستة إلى ثلاثة معها من قبل يكون تسعة، وللعم الباقي اثني عشر إلى ثلاثة معه من قبل يكون خمسة عشر.

وعلى طريقة المسائل، نقول: للأم سدس الناصفة، ومخرجه من اثني عشر، وللأخوات ثلثي الناصفة، ومخرجه من ستة، وهي داخلة تحت الاثني عشر على مخرج النصف للأخوات من ناصفتها الثلثان أربعة، وهي تنكسر على رؤوسهن، فاضرب رؤوسهن في المسألة الكبرى وهي اثني عشر، يبلغ المال المنقسم على جميع الورثة ستة وثلاثون، وقسمتها كما ذكرنا.

وبما ذكرنا يتضح الوجه لرواية (المجموع) الأصلية، لصحة أعمالها على قاعدة الإمام عليه السلام وفقهه في هذا الباب، ولما عرفت أن (المجموع) على فقه الإمام زيد بن علي، لا على فقه أهل الفرائض . والله أعلم.

(437/2)

(تنبيه): قد عرفت أن فقه الإمام زيد بن علي وقاعدته في توريث المكاتب، أنه من جميع التركة، بقد ما عتق منه على قدر ما سلم من مال الكتابة عند موت مؤرثه واختصاصه بذلك، وعدم مشاركة من معه من الورثة في ذلك على صفة ما ذكرنا في كيفية قسمة التركة بينهم.
ويحتج له بصريح الحديث الأول والثاني، وما ذكرنا في النسخة الأصلية عنه فيما نحن بصدده، كلها عن أمير المؤمنين عليه السلام، وبصريح شواهدها المذكورة من الأدلة عن أمير المؤمنين علي عليه السلام، وعن ابن عباس المرفوعة والموقوفة وما أدى معناها، ناطقة ببيان مقدار ما يرث منه في جميع التركة.
أما المسطرة فيما نحن بصدد شرحه، فهي إلى ما قاله أهل الفرائض على المشاركة فيما قابل جزء عتقه من التركة على صفة ما ذكرنا في كيفية قسمة التركة بينهم أظهر من دلالتها على فقه الإمام زيد بن علي، ويؤيد ذلك ما ذكره ابن حزم في حديث أمير المؤمنين علي بلفظ:
((ويحجب بقدر ذلك)) والحجب من المكاتب فيما يرث في الجزء الذي عتق منه من التركة إنما يكون مع مشاركة المحجوب له في الميراث في الجزء الموروث من التركة، كما عرفت من الأمثلة المذكورة آنفاً، ولما تقدم من الأدلة في فرائض ذوي السهام أنها من كامل التركة، وللعصبة ما بقي، والله سبحانه أعلم.

(438/2)

باب الإقرار بالوارث وبالدين
عقد الإمام عليه السلام هذا الباب؛ لبيان حكم ثبوت الورثة، والدين بالإقرار بالوارث، والدين من الموروث أو من ورثته.
اعلم أن الإقرار لغة: التصديق، والإثبات، ووضع الشيء في قراره.
وعرفاً: الاعتراف بحق ما لي، أو غيره.
وفي الشرع: إخبار الإنسان بما عليه، وهو ضد الجحود.

وفي الإصطلاح: هو إخبار المكلف العاقل المختار عن نفسه، أو من يقوم مقامه بما يلزم لغيره، أو بما يستحق عليه المطالبة.

وله شروط مبسوطة في كتب الفقه أكثرها ظاهرة عقلاً وشرعاً، والأصل على ثبوت العمل بالإقرار:

من الكتاب:

قوله تعالى: {بَلْ الْإِنسَانُ عَلَى نَفْسِهِ بَصِيرَةٌ }[القيامة:14] أي شاهدة، عن ابن عباس، وقوله تعالى: {يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنفُسِكُمْ} [النساء: 135] والشهادة على النفس هي الإقرار.

ومن السنة:

حديث قضائه صلى الله عليه وآله وسلم لعبيد بن زمعة بثبوت نسبه وإقراره، وقوله صلى الله عليه وآله وسلم في حديث أبي ذر، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: ((قل الحق، ولو كان مراً)) .

صححه ابن حبان من حديث طويل، وأخرجه الطبراني من حديث عبد الله بن الصامت، وأخرجه الروياني، وأبو نعيم، وساقه المنذري في (الترغيب والترهيب) وذكره الحافظ ابن حجر في (بلوغ المرام) في (باب الإقرار).

(439/2)

قال البدر الأمير في (سبل السلام): ((وقوله: ((قل الحق))، يشمل قوله: ((على نفسه وعلى غيره))، وهو مشتق من قوله تعالى: {كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنفُسِكُمْ أَوْ الْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ}[النساء:135] ومن قوله تعالى: {وَلاَ تَقُولُوا عَلَى اللَّهِ إِلاَّ الْحَقَّ }[النساء:171] وباعتبار شموله ذكره المصنف هنا تبعاً للرافعي في (باب الإقرار).

وسيأتي ذكره في الحديث الثاني، وفيه دلالة على اعتبار إقرار الإنسان على نفسه في جميع الأمور، وهو أمر عام في جميع الأحكام، لأن قول الحق على النفس هو الإخبار بما عليها مما يلزمها التخلص منه بمال، أو دين، أو عرض.

وقوله: ((ولو كان مراً)) من باب التشبيه، لأن الحق قد يصعب إجراؤه على النفس، كما يصعب عليها إساغة المر لمرارته)) . انتهى.

وأما فعله صلى الله عليه وآله وسلم، فقد تقدم للمؤلف . رضي الله عنه . في كتاب (الحدود

والقصاص) أحاديث في الإقرار، منها أن رجم ما عز، والعامرية، بإقرارهما.
قلت: ومن ذلك ما سيأتي في هذا الباب، وأما الإجماع فلا خلاف في صحة الإقرار على سبيل الجملة، والجمهور على أن من أقر بشيء على الشروط المعتبرة في الإقرار، لزمه ما أقر به.

(440/2)

وقد ثبت بالإجماع أن الواحد منا يحكم عليه بشهادة غيره، فبطريق قياس الأولى أن يحكم عليه بشهادة نفسه، ولم يجعل الشارع صلى الله عليه وآله وسلم مناط الأحكام في المعاملات بين الناس على الشاهدين أو اليمين مع الشاهد، إلا عند المناكرة، إذ لو قبلت الدعاوى من دون بينات لادعى قوم دماء قوم، ولكن ((على المدعي البينة ، وعلى المنكر اليمين)) .
هكذا قال صلى الله عليه وآله وسلم، ليكون مناطاً للحكم، وأما مع الإقرار والإعتراف على نفسه بما يلزم لغيره، أو يستحق عليه مطالبته، فكفى به مناطاً في الحكم عليه.
ومع ذلك فلا حاجة للبينة، مع كمال شروط الإقرار الستة المنصوص عليها في الفروع، وهي: أن يقع من بالغ، عاقل، مختار في حق يتعلق به في الحال . أي يكون سبباً لإستحقاق أن يطالب هو بتسليم ذلك في الحال، أو في حكم المتعلق به كالوكيل فيما وليه أو تعلق به على قول أبي طالب، وأبي العباس، خلافاً للمنصور بالله، والناصر، وأحد قولي المؤيد بالله:
والسكران إن لم يزل عقله صح إقراره إجماعاً، فإن زال فعلى الخلاف: المذهب يصح إقراره بالوارث وبالدين، وأن لا يعلم ولا يظن هزله، ولا كذبه، ولا سبقت لسانه، والمقر به لا بد أن يكون مجهول النسب، وفيما يصح دون ما يستحيل، ويصدقه المقرّ به إذا كان كبيراً حاضراً، والغائب له مجلس بلوغ الخبر، فإن صدق وإلا فلا، وكذا المجنون بعد أن يفيق، والقاصر بعد بلوغه، ولا بد أن يدخل على المقر نقصاً في ميراثه، ويضره إقراره بأحد وجوه الضرر العشرة، وهي:

(441/2)

أن يسقطه، أو يحجبه، أو يشاركه في فرض، أو تعصيب، أو ينقصه المردود، أو بعضه، أو ينقصه بالعول، أو ينقصه من التعصيب، أو أكله، أو يعضه، صح إقراره، ودفع إليه المقر قسطه مما في يده، وإن كان بمن لا يدخل على المقر نقصاً ولا ضرارً في أي الوجوه المذكورة لم

يصح إقراره، لعدم وجود حقيقة الإقرار.

ويصح الإقرار بالوارث، وبالدين من الأخرس، والمصمت، وكل من تعذر منه الكلام بالإشارة المفهمة، ومن المملوك، والصبي، المأذونان فيما أذن لهما فيه مالك العبد، وولى الصبي.

ومن المحجور من الحاكم لبعد رفعه، وأما العبد المحجور فلا يصح الإقرار منه فيما نحن بصدده، ويصح الإقرار بالحمل، والصبي، ولا يبطل برد الولي، ومتى بلغ فهو على حجته إذا أنكر قبل ذلك على قول بعض أصحاب الشافعي.

ورجحه المذهب، ولو بعد الحكم بثبوت نسبه، إذ هو كالمشروط بأن لا يكذب، وقواه صاحب (التذكرة).

وقال أبو مضر: وهو أحد قولي أصحاب الشافعي لا يقبل كلامه بعد الحكم بالنسب، لأن النسب لا يبطل بعد ثبوته.

ورد: بأن الحكم كالمشروط فيبطل النسب، وأما الإقرار من السبي وغيرهم من المماليك بعضهم لبعض، فإذا كان في إثبات الرحامات بينهم فلا يصح، وبه قالت الهدوية، ورجح للمذهب، وهو قول الشافعي، خلافاً لزيد بن علي، والناصر، والمؤيد بالله، وأبي حنيفة.

ونسبه في (الجامع الكافي) إلى محمد بن منصور في الإقرار بالولد والوالد والزوجة والمولى، فصححوه لا غير.

(442/2)

قال في (ضوء النهار): ولنا: إن ذلك يستلزم منع تصرف المالك بالجمع بين اثنين في الوطء وبتفريقهم في الملك، وإلى إبطال ميراث المالك من الولاء إذا أعتقوا، قالوا: صح الإقرار بإبن، وأن حجب الأب وأسقط الأخوة، قلنا: قال عمر: لا يورث الحميل إلا بنية، ولم ينكر.

قالوا: الحميل غير من ذكر، ولو سلم فاجتهاد لا يكون السكوت عليه إجماعاً، وإن سلم فالقياس الصحيح أقوى من الإجماع السكوتي. انتهى.

وفي (البحر): ((ويصح الإقرار بالولاء عتقاً، أو موالاة الأعلى بالأدنى، والعكس كالنسب)). انتهى.

فائدة: الإقرار معمول به في الجاهلية والإسلام، والمراد هنا: الإقرار المستلزم لتسليم المقر به، ولا يستلزمه إلا إذا كان من أقر له مصدقاً للمقر، سواء كان الإقرار بثبوت نسب أو سبب أو بهما، إلا أنه لا يعتبر عند الجماهير لفظ التصديق، بل يكفي غيره كسكوت المقر به، لكن السكوت لا يكون له حكم المصادق إلا حيث علم به اتفاقاً، لأن السكوت ممن له القول

تقرير لما علمه الساكت، كما علم في الأصول.
ويشترط: أن يعلم أن له الإنكار، خلافاً للمؤيد بالله، قال ـ المحقق ـ الجلال: إلا أن السكوت إنما يثبت به حق الساكت على المقر لا حق المقر على الساكت، فلا بد فيه من النطق.
ويشترط ـ أيضاً ـ عدم الواسطة بين المقر والمقر به، فلا يصح إلا لولد، أو والد، أو زوج، أو زوجة، أو مولى عتاق، أو مولاه.
وأما إذا كان الإقرار بمن بينهما واسطة، فسيأتي بيان ذلك ـ إن شاء الله.

(443/2)

وقدم ذكر الإقرار بالوارث، لأنه المقصود من الباب في هذا الكتاب، والأهم لتعلق وراثة الوارث بالإقرار، وهذا هو الذي أشار إليه الجلال، أنه السبب الرابع من أسباب الميراث المذكور في شرح (كتاب الفرائض) وعطف عليه الإقرار بالدين، لتعلقه بالمتروك، وسيأتي في (الوصايا): أنه لا ميراث إلا بعد الدين، وسواء كان الإقرار من المؤرث، أو من كل الورثة، أو من بعضهم، كما أشار الإمام عليه السلام بقوله:

(444/2)

[الإقرار بالأخ]

حدثني زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي عليه السلام: في رجل يموت ويخلف ابنين، فيقر أحدهما بأخ له، قال: ((يستوفي الذي أقر حقه، ويدفع الفضل)).
قال في (التخريج) : الدارمي في مسنده في الفرائض ما لفظه: ((أخبرنا أبو نعيم، قال: قلت: لشريك كيف ذكرت في أخوين يدعي أحدهما أخاً؟ قال: يدخل عليه نصيبه، قلت: من ذكره؟ قال: جابر، عن عامر، عن علي ـ رضي الله عنه)) ـ انتهى.
جابر المذكور هو: جابر بن يزيد الجعفي، هو ضعيف عند جمهور المحدثين، وكان سفيان الثوري، وشعبة يرضيانه في الرواية، وقد أتهم فيها، وفي مذهبه ـ انتهى.
قلت: وهو بلفظه في (المنهاج الجلي)، وأخرج الدارمي ما لفظه: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، حدثنا عبد الرحمن بن محمد المحاربي، عن الأعمش، عن إبراهيم: في أخوين يدعي بعضهم الأخ، وينكر الآخر، قال: يدخل معهم بمنزلة عبد يكون بين الأخوة، فيعتق أحدهما نصيبه، قال: وكان عامر، والحاكم وأصحابهما، يقولون: لا يدخل إلا في نصيب الذي اعترف به .

وفيه: حدثنا أبو بكر، عن وكيع قال: ((إذا كانا أخوين فيدعي أحدهما أخاً وأنكره الآخر، قال: كان ابن أبي ليلى يقول: هي من ستة، للذي لم يدع ثلاثة، وللمدعي سهمان، وللمدعى سهم)) . انتهى.

وذكره في (أصول الأحكام) و(البحر) وذكره ابن بهران في (تخريج البحر)، وفي (الجامع الكافي) بلفظ: وروى محمد بإسناده عن الشعبي، عن علي عليه السلام في الورثة يدعي بعضهم إرثاً ولا يقر به الباقون، أن حظ المدعى في الذي ادعاه دون الذي أنكره.

(445/2)

وفيه: قال محمد ـ يعني ابن منصور ـ : وإذا أقر الرجل بأخ له، أو ابن عم، ولم يكن بينهما قرابة معروفة، ولم يثبت نسبه ببينة، فإقراره لازم له، ويجب له الميراث في نصيب المقر، ولم يثبت بذلك نسبه، لأنه مقر في النسب على غيره.

وروى محمد بإسناده عن علي نحو ذلك، وأخرج البخاري تعليقاً (باب من ادعى أخا أو ابن أخ): حدثنا قتيبة بن سعيد، ثنا الليث، عن ابن شهاب، عن عروة، عن عائشة، أنها قالت: اختصم سعد بن أبي وقاص، وعبد بن زمعة في غلام، فقال سعد: هذا يا رسول الله ابن أخي عتبة بن أبي وقاص عهد إلي أنه ابنه أنظر إلى شبهة، وقال عبد بن زمعة: هذا أخي يا رسول الله ولد على فراش أبي من وليدته، فنظر رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم إلى شبهه فرأى شبهاً بينا بعتبة فقال: ((هو لك يا عبد بن زمعة ، الولد للفراش..)) الحديث.

والحديث يدل على صحة إقرار أحد الورثة بأخ له، وعلى ثبوت وراثة المقر به، لما فضل على نصيب المقر على نصيبه منكراً، ولو أنكره بقية الورثة لكونه أقر بمن يشاركه، وصرح بذلك في (المنهاج الجلي)، و(البحر)، وسائر كتب الفرائض، وكتب الفروع، وباقي نصيب المقر به عند بقية الورثة، فمن أقر به منهم سلم الفضل على نصيبه مقراً، حتى يستوفي فريضته.

وهذا فيمن بينه وبين المقر به واسطة، وليس في الخبر ما يدل على اعتبار لزوم مصادقة المقر به كما ذكرنا عن الجمهور في شرح الباب، وظاهر الخبر ولو لم يدع المقر به البنوة ولا الميراث، كما أن ظاهر الخبر ـ أيضاً ـ ولو لم يأت المقر بلفظ الشهادة في إقراره.

(446/2)

ولا خلاف بين السلف والخلف في ثبوت ما يستحقه المقر به من المقر مما في يده، والوجه في ذلك أنه أقر بمن يشاركه، وإنما اختلفوا في كيفية توريث المقر به على ثلاثة أقوال:

الأول: لأمير المؤمنين علي بن أبي طالب عليه السلام، وجمهور الصحابة، والشعبي وأصحابه، والشافعي، والمالكية، والحنابلة وأئمتهم.

ورجح للمذهب: أن المقر يستوفي في فريضته من مسألة الإقرار، ويدفع الفضل من مسألة الإنكار إلى المقر به وباقي فريضة المقر به عند المنكر.

الثاني: لأبي حنيفة وأصحابه، وهو قول محمد بن منصور وغيره، واختاره السيد العلامة أحمد بن علي الشامي لنفسه، وحكاه عن القاضي عامر، أن المنكر من الورثة يأخذ فريضته من مسألة الإنكار، ثم يقسم ما بقي من المقر والمقر به نصفان إذا كانا ذكرين، أو أثلاثاً إذا كانا ذكراً وأنثى، وباقي نصيبهما لدن المنكر.

الثالث: لأصحاب الشافعي أنه لا يرث، وإن لزم المقر أن يدفع إليه قسطه مما في يده باطناً إذا كان صادقاً.

احتج الأولون بحديث الأصل وشواهده، ومسألة الخبر على الإقرار من ثلاثة وعلى الإنكار من اثنين، والمسألتان متباينتان، فاضرب بعضها في بعض يكون ستة، كما قال ابن أبي ليلى: فللمقر على الإقرار سهمان، وعلى الإنكار ثلاثة، فيدفع مما في يده سهماً للمقر به، وللمقر سهمان، وللمنكر ثلاثة، فإن زاد أو سلم للمقر به مما في يده سهماً إلى سهم بيده يتم له سهمان.

(447/2)

واحتج أبو حنيفة ومن معه بما رواه محمد بن منصور، ذكره في ((الجامع الكافي)) بلفظ: وروى محمد بن علي في رجل ادعى أخاً له، وأنكره أخواه، فقال علي عليه السلام: ((يشركه في نصيبه)).

وفيه: وعن علي عليه السلام في ثلاثة أخوة أقر أحدهم بأخ، فقال عليه السلام: ((يتوارثان بينهما دونهم)) قالوا: ولا يتوارثان دون أولئك المنكرين بينهما، إلا بأن يضرب كل واحد منهما بسهمه الذي لهما مجمعان عليه أنه من ميراث الأب الميت.

واحتج الآخرون: بأن الميراث فرع ثبوت النسب، ولم يثبت في هذه المسألة بالإتفاق.

أجاب الأولون: بأن حجة أبي حنيفة ومن معه بحديث علي عليه السلام يشركه في نصيبه، وقوله فيما بعد: ((يتوارثان)) غير ناطق بالتسوية بين المقر والمقر به فيما بيد المقر على مسألة

الإنكار بين أن يحمل على ذلك وعلى ما زاد على فريضة المقر ومن مسألة الإقرار وعلى مسألة الإنكار، ومهما احتمل الدليل بطل الإحتجاج به كما علم في الأصول.

وأجيب عن الآخرين: بأن ذلك هو كتحريم النكاح لو كان المقر به في المثال بنتاً.

وأجيب بالإحتياط في الأنصباء ، فالحق: أن ثبوت النسب والميراث وتحريم النكاح من لوازم الإقرار.

وقد يختلف حكم أحد اللازمين أو اللوازم لمانع خاص مع بقاء حكم الآخر كما تخلف ثبوت النسب عند الجمهور في مسألة المجموع لمانع حمل النسب على الغير مع بقاء حكم الميراث، وكما تخلف الميراث عندهم في صورة إقرار الأخ بالإبن لمانع الدور الحكمي مع بقاء النسب.

(448/2)

هذا وقد يقال من قبلهم تخلف السبب والحكم يوجب تخلف المسبب وثبوت السبب هنا سبب الميراث، فإذا انتفى السبب انتفى الميراث، ولا يلزم انتفاء الميراث لمانع الدرور الحكمي انتفى النسب فتأمل!!

وأما ثبوت نسب المقر به فليس في خبر (المجموع) ما يدل على ثبوته، ولا على نفيه، وفي (البحر): وإذا أقر أحد الأخوين بأخ وأنكره الآخر لم يثبت نسبه إجماعاً إذ لا يتبعض لمذهب، والمؤيد بالله، وكذا لو صادقه الآخر لأجل الواسطة الفريقان، ومالك، وابن أبي ليلى، بل يثبت النسب.

قلنا: حمل النسب على الميت كالإقرار على الغير، المؤيد بالله، إلا أن يكونوا عدولاً ثبت النسب كالبينة . انتهى.

وقد فصل علماء الفروع الكلام في هذه المسألة بما حاصله: أن الإقرار إذا تكاملت شروطه المذكورة، وكان فيمن بين المقر والمقر به واسطة فأكثر، ولم يكن مع المقر مشاركاً كإبن أقر بأخ له، دفع المقر قسطه مما في يده للمقر به وفاقاً، وثبت ميراثه، ونسبه، إن صدقه، عند أصحاب الشافعي، وأبي يوسف، وميراثه لا نسبه عند من عداهم، وفيه إثبات الميراث بلا سبب.

وأما إذا كان معه مشاركاً كما في مسألة الكتاب فلا بد من الشهادة عند طائفة من العلماء، وعند المنصور بالله، وابن أبي الفوراس، والشافعي، وأبي يوسف، يثبت بالإقرار فقط من دون بينة.

وقال الجمهور، ورجح للمذهب: أنه لا يثبت نسب المقر به إلا بالبينة المدرجة بلفظ الشهادة حياً كان الواسطة أم ميتة، والحكم، أو مصادقة الواسطة على صفة ما قدمنا ذكره، حيث كانت الواسطة على قيد الحياة.

(449/2)

والوجه في ذلك: ما فيه من حمل النسب على الغير، وهو لا يثبت بإقرار الغير إلا بالبينة المدرجة مع الحكم، وإلا شاركه المقر به في الإرث بقدر ما يقتضيه لو ثبت نسبه لا في النسب فلا إلا بما ذكرنا، ولو صدقه جميع الورثة.

قال المحقق المقبلي في (المنار): ((أما لو علم أنه لا أقرب منه، فينبغي أن لا يضر جهل الدرج بعد العلم بالقرابة)). انتهى.

ومثل ذلك ما ذكره في (العقد) وقرر للمذهب: أنه إذا اشترك جماعة في الميت، وعلم أنه من بني فلان أو بني فلانة، ولم يعلم الأقرب منهم من الأبعد، جاز قسمة المال بينهم بالصلح والتراضي، استحباباً لا وجوباً لدخوله الشك.

ولهذا شروط خمسة: أن يكونوا بالغين، وأن لا يوجد في البلد سواهم، وأن يكونوا منحصرين، وأن يكون مصرف المال بيت المال لو عدموا، وأن يكونوا في الدرج والأدلى قد عمهم، إذ لو علم الأقرب ورث دون الأبعد. انتهى.

وأبى ذلك الجمهور، إلا مع التدريج، والبينة مع الحكم. والله اعلم.

وفي (ضوء النهار) في إقرار من كان بينه وبين المقر به واسطة ثلاثة أقوال وزاد في (المنحة) قولاً رابعاً، وفي (الجامع الكافي) قولان، ولفظ (ضوء النهار) وما ذكرنا:

الأول: إذا التحق المقر بأن يقر زيد بأن عمراً أخ له ويصدقه الباقون من أخوته، فإنه لا يلحق النسب، قاله الجمهور؛ لما تقدم.

وعند ابن أبي ليلى، وابن أبي الفوراس، والحنفية، والشافعية، والمالكية: يثبت نسبه.

الثاني: أن يقر البعض وينكر البعض، فإنه لا يثبت نسبه إجماعاً، ولا الميراث، لكن يدفع إليه المقر قسطه مما في يده على تقدير ثبوت ميراثه.

(450/2)

الثالث: أن يصدقوا جميعاً وكانوا عدولاً ويأتوا بلفظ الشهادة لحق نسبه وميراثه، عند الحنفية، والمالكية، والشافعية، كما يثبت بالبينة، قاله المحقق الجلال، وأبو مضر، والمؤيد بالله في (الزيادات).

وبه قال جماعة كثيرون، وأبى ذلك المذهب وجماعة، قالوا: يثبت ميراثه لا النسب، إذ فيه حمل النسب على الغير.

وفيه ما مر من إثبات ميراث بلا سبب، فلا بد من البينة المدرجة مع الحكم، فإن لم يكونوا عدولاً لم يلحق، وكذا إذا لم يأتوا بلفظ الشهادة فلا وجه لثبوت النسب، قاله الإمام المهدي، قال الجلال: الشهادة هنا إقرار في حق الشاهد نصاً لا شهادة، لأن الشاهد يجب أن يكون غير المشهود عليه. انتهى.

قال في (المنحة): الفرض أن الشاهدان من جملة الورثة، فهما شاهدان على غيرهما، ومقران على أنفسهما بهذا اللفظ الذي أديا به، أو بلفظ غيره، فإنه لا مانع أن يفيد الإقرار عنهما فالشهادة على غيرهما فالشاهد غير المشهود عليه، وإن لم يكن وارث إلا هما فهو إقرار وليس بشهادة.

وزاد في (المنحة):

الرابع: إنهم إذا أقروا جميعاً وكانوا عدولاً وحكم الحاكم، ثبت النسب بالإجماع، وظاهر كلام المحقق الجلال، وصاحب (المنحة): أن الإقرار من الوراث ولو كان بلفظ الشهادة فليس بشهادة، بل هو إقرار، وكلام (البحر) و(الجامع الكافي) على الفرق بين الشهادة والإقرار من الوارث.

(451/2)

ولفظ (الجامع الكافي): وقال محمد في (المسائل): وإذا شهد شاهدان من الورثة بإثبات نسب حادث، جازت شهادتهما على تقدير ميراثه إن كانا لم يجزا إلى أنفسهما بشهادتهما منفعة، ولم يدفعا عن أنفسهما مضرة، بلغنا عن ـ أبي جعفر ـ محمد بن علي: أنه كان يجيز شهادة العدلين من الورثة على الورثة.

وقال في (الفتيا): قد أختلف في إثبات النسب، فقال بعضهم: إذا شهد اثنان من الورثة على نسب ثبت، وقال بعضهم: لا يثبت النسب إلا أن يجمع الورثة عليه، وإن لم يجمعوا لم يثبت. انتهى.

فائدة: إذا أقر ابن حائز الميراث بإبن ثان وصدقه، ثم أقرا جميعاً بإبن ثالث، فإن صدق الثالث

في نسب الثاني ثبت نسب الجميع وميراثهم، وإن ناكره فعلى وجهين:
الأول: أنه لا يبطل نسب الثاني، لأنه أصل للثالث لولا مصادقته ما ثبت نسبه، وفي (البحر): ((لئلا يبطل الأصل بالفرع)).
الثاني: أنه يثبت نسب الثالث وميراثه دون الثاني فلا يثبت نسبه ولا ميراثه عند الفقهاء ابن البان، وغيره من أصحاب الشافعي، لعدم مصادقة جميع الورثة، وتسمى مسألة (أدخلني أخرجك)، لأن الثاني أدخل الثالث، فأخرجه الثالث.
فرع: لو أقر أحد ابنين بثالث، وأنكر الآخر؛ لم يثبت نسبه، لكن يلزم المقر أن يدفع إليه مما في يده حصته، فإن طلب يمين المنكر فله ذلك، فإن مات هذا المنكر ولا وارث له غير أخيه المقر لم يشاركه المقر به بالإقرار المتقدم، لأنه قد بطل إلا بإقرار ثان.

(452/2)

بخلاف ما لو كان الأخ المنكر غير عاقل أو غائب، فإنه لا يحكم بصحة هذا الإقرار حتى يقر به بعد تمام عقله أو حضوره، فلو مات هذا الغائب أو غير العاقل ولا وارث له غير المقر، فإنه يشاركه المقر به بذلك الإقرار المتقدم إذْ لم يحكم ببطلانه، بل كان موقفاً ، ذكر هذا أصحاب الشافعي، وغيرهم.
هذا وإذا تكاملت شروط الإقرار في هذا الباب، فالعمل في ذلك أن تصحح للورثة مسألة منقسمة على الإقرار من مخرجها، ومسألة على الإنكار من مخرجها، ويعتبر ما بين المسألتين من النسب الأربع من تماثل أو تداخل أو توافق أو تباين على هذا الترتيب إذا اجتمعت، فأيها كان أو جميعها عملت في كل منها بما يقتضيه أحدها أو جميعها من تصحيح المسألتين من عدد يجمعهما فتجتزي بأحد المتماثلين وبالأكثر من المتداخلين، وتضرب وفق أحد المتوافقين في كامل الثاني، وتضرب أحد المتباينتين في الآخر فما بلغ فهو المال، وتسمى (المسألة الجامعة).
ثم تقسم الحاصل على مسألة الإقرار بين جميع الورثة مع المقر به، وعلى مسألة الإنكار على من عدا المقر به، ويعطي المقر به ما نقص المقر وهو ما بين نصيبه مقراً ومنكراً كما فعلنا في مسألة الخبر، وهي من أمثلة المتباين.
وعند أبي حنيفة، ومن وافقه، وبه قال محمد بن منصور: إن المقر والمقر به يقتسمان نصيب المقر قبل الإقرار بينهما نصفان، وباقي نصيبهما لدن المنكر.

والوجه في ذلك: ما ذكره في (الجامع الكافي) لأن المقر يقول: أنا وأنت في الميراث سواء لا فضل لي عليك، والظلم من المنكر دخل علي وعليك. انتهى.

(453/2)

ففي هذه المسألة نصيبهما من مسألة الإقرار أربعة سهام، ونصيب المقر من مسألة الإنكار ثلاثة سهام تقسمها بينهما على قدر سهامهما من مسألة الإقرار، لكل منهما سهم ونصف، وباقي نصيبهما لدن المنكر، فإن زاد أثر قسمت السهم بينهما نصفان واستوفى في كل منهما فريضته من مسألة الإقرار.

فإن اختلفت سهامهما من مسألة الإقرار فاقسم نصيب المقر من مسألة الإنكار على قدر سهامهما من مسألة الإقرار، فإن كان الإقرار بمن يسقط المقر دفع إليه المقر جميع ميراثه كما لو خلف عدداً من الأخوة أو الأعمام أو واحداً منهم فأقر أحدهم أو المنفرد بابن للميت، فيدفع المقر للمقر به جميع ميراثه منفرداً كان المقر أو مشاركاً، وللمقر به أخذه كما لو أقر له بالدين، والمعتبر فيما ذكرنا مسألة واحدة مع الإشتراك، ومتى كان الإقرار بمن يحجب المقر دفع إليه المقر ما نقصه المقر به على تقدير ثبوت نسبه كأخ وأم فأقرت الأم بأخ ثان، فالمسألة على الإنكار من ثلاثة، وعلى الإقرار من ستة، وتصح من اثني عشر.

ومسألة الإنكار داخلة تحت مسألة الإقرار، إذا هي كربعها فتجزى بمسألة الإقرار، وتقسم منها على الإنكار، للأم الثلث أربعة، والباقي ثمانية للأخ، وتقسم منها على الإقرار، للأم السدس اثنان، والباقي عشرة لكل أخ خمسة، فتدفع الأم للمقر به سهمين من أربعتها، وذلك ما بين نصيبها مقرة ومنكرة، وباقي ميراثه ثلاثة في يدي الأخ المنكر.

(454/2)

وعلى قول أبي حنيفة ومن معه: يقتسمان الأربعة نصيب المقر قبل الإقرار على قدر سهامهما من مسألة الإقرار أسباعاً: للأم سهم وسبع، وللأخ المقر به سهمان وستة أسباع، فإن زاد أقر بأخ سلم لهما ثلاثة سهام، للأم ستة أسباع، وللأخ سهمان وسبع، ليصح للأخ المقر به خمسة سهام، وللأم سهمان.

وهكذا يكون العمل فيما ورد في هذا الباب مهما كان بمن يدخل الإقرار نقصاً على المقر في ميراثه بأحد وجوه الضرر العشرة المذكورة، وإن كان الإقرار بمن لا يدخل على المقر ضرراً في

ميراثه لم يصح إقراره، إذا لا يوجد فيه حقيقة الإقرار، وهو الإخبار بما يلزم المقر لغيره، فلا يصح كما لو أقر أحد الزوجين بمن لا يحجبه، وأمثال ذلك. والله اعلم.

دقيقه: إذا كان المقر به أكثر من واحد والمقرون كذلك، وكان من أقر به هذا أنكره الآخر، فاعمل لهم مسألة على الإنكار منهم معاً، ومسألة على أنهم أقروا بمن أقر به أحدهم وأنكره غيره، ثم كذلك تفعل بالمسائل بأحكام الرؤوس، ثم تقسم ما حصل على إنكارهم، ثم تقسمه على أنهم أقروا بمن أقر به أحدهم وأنكره الباقون مما أنقصه هذا الذي قسمت على إقراره مما حصل له من القسمة على الإنكار سلمه لمن أقر به، ثم كذلك إلى آخرهم، وللمنكر ما حصل له من القسمة على إنكارهم الكل. انتهى.

واعلم: إنه إذا كان المقر به من أحد الورثة خنثى لبسه وأنكره الباقون فمعك أربع مسائل:

الأول: مسألة على الإقرار، والخنثى ذكر.

والثانية: مسألة على الإقرار، والخنثى أنثى.

والثالثة: مسألة على الإنكار، والخنثى ذكر.

والرابعة: مسألة على الإنكار، والخنثى أنثى،

(455/2)

وأنظر إلى الخنثى من أي المواضع هي المذكورة في (باب الخنثى) واعمل فيه بحسبها، وصحح كل مسالة حتى تنقسم على الورثة، ثم اعمل فيها بأعمال العلل المذكورة، فما بلغ من أعمال العلل إلى عدد يجمعها فهو المال، ثم أضربه في حالتي اللبسة، فما بلغ فهو المال، وتسمى (المسألة الجامعة).

ثم اقسم كل مسألة من المال الجامع، واجمع ما أتى لكل وارث من المسائل المذكورة، فما بلغ للوارث قسمته على حالين ويدفع المقر الفضل للمقر به ما بين نصيبه مقراً ومنكراً، وهكذا يكون العمل فيما اجتمع لك من البابين. والله أعلم.

(تنبيه): قد تقدمت الإشارة في موانع الميراث إلى أن الدور الحكمي من الموانع وهاهنا محله، نحو: أن يخلف الميت أخاً لأبويه أو لأحدهما فأقر بإبن للميت فيدفع الأخ جميع ميراثه لإبن المقر به، لأنه أقر بمن يسقطه، فقالوا: لا يرث الإبن، لأن إقرار الأخ لا يصح بحكم الظاهر فلا يرث الإبن، لأن أرثه يؤدي إلى نفي أرثه.

بيان ذلك: أنه يلزم من أرث الإبن سقوط الأخ المقر، فلا يكون الأخ المقر وارثاً فلا يصح إقراره، لفوات شرطه، وهو كون المقر وارثاً، لأن ما أدى ثباته إلى نفيه انتفى من أصله كما هو

مذكور في الدور الحكمي.

وقد ذكر الإمام شرف الدين في (الأثمار) إبطال الدور في الطلاق، حيث قال: لا يصح ما ذكره الإمام المهدي من تصحيح الدور، قال: لأن إثباته يؤدي إلى إبطاله وما أدى إلى إبطاله فهو باطل. انتهى.

قالوا: وله نظائر منها:

(456/2)

ما لو أعتق أخ للميت حائز للميراث عبدين من التركة فشهدا بابن للميت، فلا يرث الإبن وإن ثبت نسبه، لأنه لو ورث لكان الأخ ساقطاً فلا يعتق العبدان في ملكه، فلا يصح عتقهما فلا تقبل شهادتهما فلا يثبت نسب الإبن، فلا يرث إلى غير ذلك من الدوريات المذكورة في الفقه.

هذا ويتعلق بالباب وحديثه وما ذكرنا عليهما ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: لو كان الإقرار بالوارث من المؤرث، بأن قال: هذا وارثي كان من نسب أو سبب، أو قال: هذا ابن عمي وسوى بين سبب الميراث الخاص أولا صح إقراره، فإذا مات المقر ولا وارث له أستحق من مال المقر ميراثه من باب الوصية ولو لم يثبت نسبه، قاله الجمهور.

وبه قال الشوكاني، لكن لا من باب الوصية لأنه إقرار بميراث، وأين هذا من باب الوصية.

وقال المنصور بالله، ومالك، والشافعي: يستحق ثلثاً، وثلثان لبيت المال، فإن كان له وارث ولو من ذي الأرحام أشهر من المقر به نسباً أو سبباً غير مسقط له لو ثبت نسبه، وكان إرثه الثلث فما دون لم يثبت نسبه، ولا يستحق من الميراث شيئاً، إلا الثلث من باب الوصية.

ذكره صاحب (الدرر) و(الوسيط) ورجح للمذهب، وهو ظاهر قول المؤيد بالله، وصرح به الإمام المهدي في (البحر) و(الأزهار) بلفظ: إلا مع أشهر منه، فالثلث فما دون إن استحقه لو صح نسبه.

(457/2)

ورده المحقق الشوكاني، قال: وأما قوله: إلا مع أشهر منه، فالثلث فما دون فلا وجه له، لأن إقراره فيه ضرر بهذا الذي نسبه أشهر، فلا يقبل، ولا يصح، ولا يستحق شيئاً، وليس هذا من الوصية حتى يُقال: إنه يعطى ذلك من (باب الوصية) لأن هذا الإقرار الباطل ليس هو بوصية بل

هو إقرار بنسب أو بثبوت ميراث، فليس هذا بوصية. انتهى.

وقيل: لا بد في قوله: وارثي من التدريج إلى أب جامع وجدة جامعة وإلا فالثلث فقط؛ لأن لفظ الإرث مجمل لتردده بين الستة الأنصباء والمجمل لا يكون دليلاً.

قال المحقق الجلال في (ضوء النهار): والحق أنه يحمل على أقل نصيب يرثه مثله من رجل أو امرأة، وقال أبو مضر، والفقيه يحيى: المراد فيما زاد على الثلث إذا كان وارثاً للثلث فما دون، فيستحقه من باب الوصية.

وقال المؤيد بالله، والمذهب: إنه بمنزلة من بين جهة الإرث، فلا يعطى مع مشهور النسب شيئاً إلا الثلث فما دون من باب الوراثة إن استحقه لو صح نسبه. انتهى.

المسألة الثانية: إذا قَرَّ المورث بأحد عبيده، فقال أحدكم: ابني، ومات قبل التعيين، وقد تضمنت هذه المسألة أربعة فصول:

وهي عتقهم، وسعوا للورثة حسب الحال، وثبت لهم نسب واحد، وميراثه ونصيبه من مال السعاية. أي يسقط عنهم من السعاية بقسطه. صرح بذلك الإمام المهدي في (البحر) و(الأزهار).

(458/2)

وبه قالت الهادوية، ورجح للمذهب، وذهب جماعة من العلماء، ومن المتاخرين المحققان المقبلي والشوكاني إلى استعمال القرعة، لأن العنف في هذه المسألة مبهم، قال العلامة الشوكاني: قد قررنا فيما سبق أن القرعة قد عمل بها رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في مواطن:

منها: حديث الستة الأعبد.

ومنها: في الجماعة الذين ادعوا ابن الأمة أنه ابن لكل واحد منهم.

ومنها: مع تعارض البيّنتين، فأفاد ذلك أنها حكم شرعي عند عروض اللبس، وعدم الاهتداء إلى حقيقة الحال.

وقد أوضحنا الكلام في هذا في (كتاب العتق) وفي (كتاب النكاح) وإذا عرفت هذا كان المتعين في هذا الإقرار بأحد العبيد إذا تعذر التعيين هو الإقراع بينهم، فمن خرجت قرعته كان هو المستحق لما تضمنه الإقرار بلا سراية إلى غيره ولا سعاية، ومن لم يسعه ما صح عن الشارع فهو المضيق على نفسه. انتهى.

وسيأتي الكلام بتمامه في (باب الوصايا) إن شاء الله.

المسألة الثالثة: المستلحق من الورثة بعد موت أبيه، نحو: أن تربي أمة الرجل وكان سيدها يطأها، فجاءت بولد، ولم يدعه السيد مدة حياته، ولا أنكره، وسواء ادعاه الزاني أم لا، ثم ادعاه الورثة بعد موت السيد واستلحقوه، فإنه يلحق به، وقد تقدم بعض على ذلك قريباً في حديث عبد بن زمعة عند البخاري من طريق عائشة.

وقد اختلف الصحابة فمن بعدهم في توريث الحميل ـ أي المستلحق من أبيه من عدمه ـ

فالمروي عن أبي بكر، وعمر بن الخطاب، وعثمان بن عفان، وشريح، والفضل بن فضالة، وابن عون، وراشد، وعطية، والحسن، وابن سيرين، ومن تابعهم: أن الحميل لا يورث .

(459/2)

ذكره الدارمي، والمروي عن إبراهيم النخعي، وعبد الله بن عتبة، وجماعة آخرين، أنهم يورثونه ، ذكره الدارمي، وظاهر كلامهم: أنه لا فرق بين وقوع ذلك قبل قسمة التركة أم بعدها.

وذهب أكثر الناس إلى أن هذا الاستلحاق لا يخلو: إما أن يكون بعد قسمة الورثة للتركة، أو قبل، فإن كان الأول فلا يرث المستلحق أباه، ولا يشارك أخوته الذين استلحقوه في ميراثهم من أبيهم، ويكون ذلك حكم ما مضي، وإن كان الثاني فقد ثبت نسبه بإستلحاق الورثة إياه، فيشاركهم في المتروك أسوة من يساويه في النسب منهم.

والوجه في ذلك: ما أخرجه أبو داود في (سننه): قال: حدثنا شيبان بن فروخ، نا محمد بن راشد، نا الحسن بن علي، نا يزيد بن هارون، أنا محمد بن راشد، وهو أشبع ـ أي حديث حسن أتم ـ عن سليمان بن موسى، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، قال: إن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قضى: أن كل مستلحق أستلحق بعد أبيه الذي يدعى له ادّعاه ورثته، فقضى أن كل من كان من أمة يملكها يوم أصابها فقد لحق بمن استلحقه، وليس له مما قسم قبله من الميراث [شيء] وما أدرك من ميراث لم يقسم فله نصيبه، ولا يلحق إن كان أب الذي يدعي له أنكره، وإن كان من أمة لم يملكها، أو من حرة عاهر بها، فإنه لا يلحق به ولا يرث، وإن كان الذي يدعي له هو ادَّعاه فهو ولد زينة من حرة كان أو أمة .

(460/2)

وذكر في (فتح الباري) في شرح حديث عائشة في ابن زمعة: ((قال الخطابي، وتبعه عياض، والقرطبي، وغيرهما: كانوا في الجاهلية يفتنون الولائد، ويقررون عليهن الضرائب فيكتسبن

بالفجور، وكانوا يلحقون النسب بالزناة إذا ادعوا الولد كما في النكاح ..)).

إلى أن قال: ((وقد مضى في النكاح من حديث عائشة ما يؤيد أنهم كانوا يعتبرون إستلحاق الأمَة في صورة، والحاق القائف في صورة)).

وساق إلى أن قال: ((واستدل بهذه القصة على أن الإستلحاق لا يختص بالأب، بل للأخ أن يستلحق، هو قول الشافعية، وجماعة، بشرط أن يكون الأخ حائزاً أو يوافق باقي الورثة، وإمكان كونه من المذكور، وأن يوافق على ذلك إن كان بالغاً وعاقلاً، وأن لا يكون معروف الأب)).

((وخص مالك وطائفة، الإستلحاق بالأب، وجرى المزني على القول: بأن الإلحاق يختص بالأب، فقال: أجمعوا على أنه لا يقبل إقرار أحد على غيره)).

(461/2)

وقرر الحافظ ابن حجر ذلك الحكم، بشرط أن يدعي صاحب الفراش إلى أن قال: ((واستدل به على أن الوصي يجوز له يستلحق ولد موصيه إذا أوصى إليه بأن يستلحقه، ويكون كالوكيل عنه في ذلك، وقد مضى التبويب بذلك في كتاب الأشخاص، وعلى أن الأمة تصير فراشاً بالوطء، فإذا اعترف السيد بوطء أمته، وثبت ذلك بأي طريق كان، ثم أتت بولد لمدة الإمكان بعد الولد لحقه من غير استلحاق كما في الزوجة، لكن الزوجة تصير فراشاً بمجرد العقد، فلا يشترط في الاستلحاق إلا الإمكان، لأنها تراد للوطء، فجعل العقد عليها كالوطء، بخلاف الأمة، فإنها تراد لمنافع أخرى، فاشترط في حقها الوطء، ومن ثمة يجوز الجمع بين الأختين بالملك دون الوطء، وهذا قول الجمهور، وعن الحنفية: لا تصير الأمة فراشاً إلا إذا ولدت من السيد ولداً ولحق به، فمهما ولدت بعد ذلك لحقه إلا أن ينفيه، وعن الحنابلة: من اعترف بالوطء فأتت منه لمدة الإمكان لحقه، وإن ولدت منه أولاً فاستلحقه لم يلحقه ما بعده إلا بإقرار مستأنف على الراجح عندهم، وترجيح المذهب الأول ظاهر، لأنه لم ينقل أنه كان لزمعة من هذه الأمة ولد آخر، والكل متفقون على أنها لا تصير فراشاً [إلا] بالوطء.

(462/2)

قال النووي: وطء زمعة أمته المذكورة علم إما ببينة، وإما بإطلاع النبي صلى الله عليه وآله وسلم على ذلك ..)) إلى أن قال: ((واستدل به على أن السبب لا يخرج))، ولو قلنا: أن

العبرة بعموم اللفظ، ونقل الغزالي تبعاً لشيخة، والآمدي ومن تبعه، عن الشافعي، قولاً بخصوص السبب، تمسكاً بما نقل عن الشافعي، أنه ناظر بعض الحنفية، لما قال: أن أبا حنيفة خص الفراش بالزوجة، وأخرج الأمة من عموم "الولد للفراش" فرد عليه الشافعي: بأن هذا ورد على سبب خاص.

ورد ذلك الفخر الرازي [على من قال] بأن مراد الشافعي: أن خصوص السبب لا يخرج، والخبر إنما ورد في حق الأمة، فلا يجوز إخراجه، ثم وقع الإتفاق على تعميمه في الزوجات، لكن شرط الشافعي والجمهور الإمكان زمانا ومكاناً، وعند الحنفية يكفي مجرد العقد فتصير فراشاً ..)).

وأطال ابن حجر في ذلك .. إلى أن قال: ((وقال ابن عبد البر: تثبت الأمة فراشاً عند أهل الحجاز إن أقر سيدها أنه كان يلم بها، وعند أهل العراق إن أقر سيدها بالولد..)) ثم ساق في شرح الحديث . انتهى .

قال الخطابي: هذه الأحكام وقعت في أول زمان الشريعة، وكان حدوثها ما بين الجاهلية وبين قيام الإسلام، وفي ظاهره تعقد وأشكال، وبيانه: أن أهل الجاهلية كانت لهم إماء يساعين وهن البغايا، وكان سادتهن يلمون بهن لا يجتنبوهن، فإذا جاءت الواحدة منهن بولد كان سيدها يطأها، وقد وطئها غيره بالزنى، فربما ادعاه الزاني، وادعاه السيد، فحكم النبي صلى الله عليه وآله وسلم بالولد لسيدها، لأن الأمة فراش له كالحرة، ونفاه عن الزاني.

(463/2)

فإن ادعاه الزاني مدة، وبقي على ذلك إلى أن مات السيد، ولم يكن ادعاه في حياته ولا أنكره ثم ادعاه ورثته واستلحقوه، فإنه يلحق به ولا يرث أباه، ولا يشارك أخوته الذين استلحقوه في ميراثهم من أبيهم إن كانت القسمة قد مضت قبل أن يستلحقه الورثة.

وجعل حكم ذلك حكم ما مضى في الجاهلية، ولم يرده إلى حكم الإسلام، فإن أدرك ميراثاً لم يكن قد قسم إلى أن ثبت نسبه بإستلحاق الورثة إياه كان شريكهم فيه أسوة من يساويه في النسب منهم . انتهى.

فإن مات عن أخوته بعد ذلك ولم يخلف من يحجبه عن الميراث ورثه، فإن كان سيد الأمة أنكر الحمل ولم يدعه، فإنه لا يلحق به، وليس لورثته أن يستلحقوه بعد موته . انتهى.

قلت: الظاهر في هذه المسألة ما قاله الخطابي، وأن الإستلحاق كان في الجاهلية في الإماء البغايا، ووقع القضاء منه صلى الله عليه وآله وسلم في صدر الإسلام في (فتح مكة) في ابن

زمعة بانقطاع الإلحاق بالزاني، وعدم التوارث به، لدلالة ما أخرجه أحمد بن حنبل، وأبو داود وغيرهما من طريق ابن عباس، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: ((لا مساعاة في الإسلام ، من ساعى في الجاهلية، فقد ألحقته بعصبته، ومن ادعى ولداً من غير رشده فلا يرث ولا يورث)) .

وفي إسناد أبي داود رجل مجهول، لكن يشهد له ما أخرجه أبو داود . أيضاً . بسند حسن إلى عمرو بن شعيب عن أبيه، عن جده، قال: قام رجل فقال: يا رسول الله فلان ابني عاهرت بأمه في الجاهلية، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: ((لا دعوه في الإسلام، ذهب أمر الجاهلية ، الولد للفراش، وللعاهر الحجر)) .

(464/2)

وأخرجه جماعة من طريق سعد بن أبي وقاص، وعائشة، وغيرهما، وقد وقع في بعض طرقه أن ذلك وقع في زمن الفتح ، وذكر البخاري تعليقاً، الولد للفراش ..إلى آخره.

ويؤيد ذلك حديث سعد بن أبي وقاص عند البخاري في ولد أمة زمعة، وأخرج عبد الرزاق من حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده مرفوعاً بلفظ: ((من عاهر بأمة قوم أو زنى بها ، فالولد ولد زنى لا يرث ولا يورث)).

وأخرج الحاكم في تاريخه من حديث ابن عمر بلفظ: ((من عاهر بأمة أو حرة فولده ولد زنى لا يرث ولا يورث)) .

دلت هذه الأدلة، وما أدى معناها: على انقطاع الإلحاق بين الزاني والولد، وعدم التوارث بينهما ولو ادعاه، لعدم ثبوت الفراش للزاني، وثبوت الإلحاق للذي يملك عصمة النكاح بعقد أو بالتسري، لحديث: ((الولد للفراش ..)) ولدلالة حديث عبد زمعة، لما ثبت عنده من إعتراف زمعة بالوطء، فجعل الحكم للفراش، ولا حكم للشبه، ولا للقافة، وإلا فالقائف إنما يعتمد بالشبه إذا لم يعارضه ما هو أقوى منه.

وقد ثبت أن الشارع لم يلتفت هنا إلى الشبه، والتفت إليه في قصة مجزز المدلجي لزيد بن حارثه، وابنه أسامة أنه دخل فرأى أسامة وزيداً وعليهما قطيفة قد غطيا رؤوسهما، وبدت أقدامهما، فقال: ((إن هذه الأقدام بعضها من بعض ..)) في الحديث المتفق عليه.

وأخرجه أبو داود وغيره لإبطال ما كان يقدح الكفار في نسب أسامة بن زيد، لأن أسامة كان شديد السواد، وكان زيد أبيض، وكذا لم يحكم بالشبه في قصة الملاعنة، لأنه عارضه ما هو أقوى منه، وهو مشروعية اللعان، وفيه تخصيص عموم الولد للفراش.

(465/2)

وقد تمسك بالعموم، الشعبي، وبعض المالكية، وهو شاذ، ونقل عن الشافعي أنه قال: لقوله ((الولد للفراش ..)) معنيان:

أحدهما: هو له ما لم ينفه، فإذا نفاه بما شرع له كاللعان، انتفى عنه.

الثاني: إذا تنازع رب الفراش والعاهر، فالولد لرب الفراش، ذكره في (فتح الباري) [قال] :

قلت: والثاني منطبق على خصوص الواقعة، والأول أعم. انتهى.

وأشار الإمام عليه السلام إلى الثاني بما اشتمل عليه الباب، بقوله:

(466/2)

[إقرار الورثة بالدين]

حدثني زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي عليه السلام في الورثة يقر بعضهم بدين قال: ((يدفع الذي أقر حصته من الدين)).

قال في (التخريج): الدارمي في (مسنده) في (باب الدعوى والإنكار في الفرائض) ما لفظه: ثنا سليمان بن حرب، عن حماد بن سلمة، عن زياد الأعلم، عن الحسن، قال: ((إذا أقر بعض الورثة بدين فهو عليه بحصته)) . انتهى.

قلت: وأخرج الدارمي - أيضاً - في (مسنده) في الباب المذكور، بلفظ: أخبرنا أبو نعيم، ثنا حسن، عن مطرف، عن الشعبي: في رجل مات وترك ثلاث مائة درهم، وثلاثة بنين، فجاء رجل يدعي مائة درهم على الميت، فأقر له أحدهم؟ قال: فيدخل عليه بالحصة، ثم قال الشعبي: ما أرى أن يكون ميراثاً حتى يقضى الدين. انتهى.

وفيه: ثنا سليمان بن حرب، عن حماد بن سلمة، عن أبي هاشم، عن إبراهيم، قال: إذا شهد اثنان من الورثة بدين فهو من جميع المال، إذ كانوا عدولاً. انتهى.

وذكر في (الجامع الكافي) عن محمد بن منصور، بإسناد عن الشعبي، ومغيرة نحو ذلك، وقال الشعبي: عليهما في نصيبهما. انتهى.

ويشهد لما هنا عموم حديث أبي ذر المذكور في شرح الباب، مرفوعاً بلفظ: ((قل الحق ولو كان مراً)) لجميع الأحكام، لأن قول الحق على النفس هو الإخبار بما عليها مما يلزمها التخلص منه بمال، أو دين، أو عرض على نفسه، أو غيره، وما نحن بصدده من ذلك.

(467/2)

والحديث دلالته ظاهرة: أن من أقر من الورثة بدين على مورثه، يدفع المقر حصته من الدين بقدر حصته الأرثية من التركة، لأنه إقرار صحيح متعلق بحصته في حصته، وأما ما يتعلق بحصص سائر الورثة فإقرار على الغير، فلا تصح.

والوجه في ذلك: ما فيه من الإضرار على المقر، وعدم الإضرار بالغير، ولا يلزمه دفع الباقي من الدين إجماعاً، كما لو ثبت الدين بالبينة، والحكم، أو إقرار جميع الورثة، أو شهادة اثنين منهم، فلا يلزم كل وارث إلا حصته في حصته.

وظاهر الخبر سواء كان الدين المقر به لله تعالى، أو لبعض الورثة، أو للغير.

وقد اختلف جماهير علماء السلف والخلف في هذه المسألة، وإلى ما دل عليه الخبر، هو قول أمير المؤمنين علي بن أبي طالب، وجمهور الصحابة، وهو قول الحسن، والشعبي، وابن أبي ليلى، وبه قالت الهادوية.

ورجحه الفقهاء للمذهب، ونسبه في (الجامع الكافي) إلى أهل المدينة، والحسن، ومغيرة، وصرح به في (المنهاج الجلي)، ومن المتأخرين المحققون الجلال، والمقبلي، والبدر الأمير، والشوكاني.

وذكره علماء الفروع، والفرائض، والحديث في مؤلفاتهم، والإمام المهدي في (البحر)، ونسبه إلى الحسن البصري، والعترة، والمزني، وإبراهيم النخعي، ومالك، وسفيان الثوري، وأحد قولي الشافعي.

وذكر في (الأزهار) بلفظ: ((وبدين على مورثه لزمته حصته في حصته)). انتهى.

(468/2)

والوجه في ذلك: أنه اقر بشيء يعود ضرره عليه، إن كان هو الوارث وحده، فيجب عليه تسليم ما أقر به من التركة، وإن كان معه وارث آخر لم يلزم ذلك الآخر شيء، وعلى المقر حصته من الدين في حصته من التركة كما لو ثبت الدين إلا بالبينة مع الحكم، أو إقرار جميع الورثة.

والوجه في ذلك: أن الإقرار متوجه إلى جميع التركة ما لم تكن التركة مستغرقة فيدفع جميع حصته، إذا لا أرث مع الاستغراق.

وذكر في (الأثمار): ((والمذهب أن يلزم المقر الأقل من حصته من التركة، أو الدين، إن لم يكن قد قبض التركة ـ يعني نقلها ـ فإن نقلها لزم الجميع)). انتهى.

ولم أجد لهم حجة، ومثل ذلك: لو أقر الوارث بوصية من مورثه لأحد لزمه منها بحصته في حصته الإرثية، وقد روى عن أهل الكوفة والمشهور عنهم ما سيأتي.

وظاهر الخبر: أنه لا فرق بين المقر من الورثة، سواء كان من ذوي النسب أو السبب، ذكراً أو أنثى، وسواء كان المقر صحيحاً أو مريضاً.

وصرح به في (المنهاج الجلي) و(الجامع الكافي) وغيرهما، وسواء كان التركة مستعرفة أم لا وسواء كان الإقرار بلفظ الشهادة، أو بلفظ الخبر، فلا يلزم المقر إلا حصته من الدين بقدر حصته من الإرث، لا في ماله الأصلي فلا، وإن لم توف الحصة من الدين إذ لا يلزمه زايد الدين إلا عند من يقول أن الوارث خليفة، وسيأتي الكلام على ذلك في (الوصايا) إن شاء الله.

وقال أبو حنيفة، وأبو يوسف، ومن تابعهما: ((أنه يلزم المقر جميع ما أقر به في حصته ولو استغرقت)) ونسبه في (الجامع الكافي) إلى أهل الكوفة.

(469/2)

احتج الأولون بقوله تعالى: {وَلْيُمْلِلْ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ }[البقرة:282] وبحديث الأصل وشواهده، فإن أتى أحد الورثة في إقراره بلفظ الشهادة بحق على مورثه للغير، أو بدين، وكملت الشهادة، فعند أهل الفروع يحكم بشهادته، وبه قال الفقيه حسن، والفقيه علي، وابن أبي ليلى.

ورجح للمذهب: ويلزم الورثة، ذكره في (التذكرة) و(الكواكب) ونص عليه في (الجامع الكافي)، وهذا إذا لم تكن التركة مستغرقة، وإلا فهو إقرار على الغير إن كانت التركة بقبضه، وإلا لزمه جميع ما أقر به من الدين.

وأهل الفرائض قالوا: أنه لا يحكم بشهادته، وأنها تنقلب إقرار، فيلزمه ما يخصه في نصيبه من الإرث، كما هو ظاهر قول الهادوية، وهو قول أبي حنيفة وأصحابه، لأن شهادة الوارث بمنزلة الإقرار، قاله ابن أبي ليلى، وهذا حيث كان معه وارث وأنكر الدين، فإن شهد مثله من الورثة جازت شهادتهما في جميع الميراث في قول الجميع إذا كانا عدلين، وإلا ففي أنصبائهما على ما تقرر في قول أبي حنيفة، وابن أبي ليلى.

وحكى الشافعي عن أصحابه القولين، ولم يذكر له رأياً، فإن لم يكن معه وارث سواه لزمه تسليم كل الدين، حيث كان أقل من التركة، أو مثلها فإن كان أكثر من التركة فكل الميراث.

واحتج الآخرون بقوله تعالى: {مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ }[النساء:11] فالوصية في الثلث، والدين في جميع المال ولا ميرات حتى يقضي جميع الدين.

(470/2)

قال ابن حزم: وقال قوم: عليه أن يدفع نصف ما في يده، قال: وهذا قول لم أجده لأحد، والقول الأول أقوى، وإذا ترك ابنين فأقر أحدهما أن أباه أوصى لرجل بثلث ماله، وأنكر الإبن الآخر أن يكون أوصى بشيء، فعلى الإبن المقر أن يدفع إلى الموصى له ثلث ما في يده، فإن كان أقر له بالربع أو الخمس وصية أعطاه ربع ما في يده أو خمسه، لأن إقراره إنما هو في ثلث المال، فلا تدخل الوصية على الثلثين إلا أن يجيز الورثة.

وإن أقر أحد الابنين أن أباه أوصى لرجل بدراهم مسماة، مثل الثلث أو أقل فأنكر ذلك الإبن الآخر فعلى المقر أن يعطي الموصى له نصف الوصية.

إلى أن قال: وروى محمد بإسناده، عن الشعبي قال: إذا شهد رجلان من الورثة أو رجل وامرأتان على الميت بدين جاز على الورثة كلهم، قال محمد: وفيها قول آخر، وهو قول أبي حنيفة وأصحابه، قال بعضهم: أجعلهما مقرين على أنفسهما في نصيبهما ولا أجعلهما شاهدين على جميع الورثة . انتهى.

ويتعلق بهذه المسألة لو أقر الرجل في مرض موته بدين وعليه دين ثابت في صحته وليس له وفاء، فقال أبو حنيفة: يبدأ بالدين المعروف الذي في صحته، فإن فضل عنه شيء كان للذين أقر لهم في المرض بالحصص، ألا ترى أنه حين مرض ليس يملك من ماله شيئاً ولا تجوز وصيته فيه لما عليه من الدين، فكذلك إقراره، وهذا رأي أبي يوسف، وقال ابن أبي ليلى: هو مصدق فيما أقر به في مرضه وفي صحته، وهذا رأي الشافعي، قال: لا يجوز إلا هذا، وإلا فهو كإقرار المحجور باطل.

(471/2)

والجمهور أن دين الصحة والمرض إذا ثبت ببينة شرعية، أو بإقرار، ليس بتوليج ولا لوراث على الخلاف الآتي، فتحصص التركة بين الجميع.

والوجه في ذلك: أنه إنما ثبت الدين عليه بإقراره، فيستوي فيه الأول والآخر ممن أقر له به، كما لو أقر بدينين في حالة الصحة أحدهما متقدم على الآخر، ذكره في ((المنهاج الجلي)) . انتهى.

وأجابوا على أبي حنيفة: بأن إقرار المريض يلزمه، ثم لا تحاص التركة بينه وبين إقرار صحته تحكم، وسيأتي تمام الكلام في (الوصايا) إن شاء الله تعالى.

باب قسمة المواريث

تقدم الكلام على المواريث في (باب الفرائض) بما أغنى الإعادة.

والقِسمة ـ بكسر القاف ـ : هو اسم لصيغة القسام، وسيأتي بيان ذلك من قولك: تقاسموا، أو اقتسموا، وقاسمه المال، وتقاسماه، واقتسماه، ولفظها مؤنث، وإنما ذكر ضميرها من قوله تعالى: {فَارْزُقُوهُمْ مِنْهُ}[النساء:8] لأنها في معنى الميراث والمال، فذكر على ذلك، نقل ذلك ابن الهائم عن الجوهري.

وفي الاصطلاح: حل المقسوم إلى أجزاء متساوية عدتها كعدة آحاد المقسوم عليه، أو معرفة ما في المقسوم من أمثال المقسوم عليه، وحد القسمة إفراز الحقوق في المثليات، وتعديل الأنصباء في القيميات، وكذا نحو المثليات من المعدود والممسوح المستوي، فيقسم بعضه في بعض من غير تقويم، ولا قرعة.

والمثليات: هي كيل ما يكال، ووزن ما يوزن، وذرع ما يذرع، والتعديل في القيميات قسمتها كالبيع، ولا بد من تقويمها للصحة، وقيل: للإجبار لا للصحة، قاله أهل المذهب، والمعتبر أن يكون التقويم أولاً ثم التعديل ثانياً، وهو أن يعادل بين الأشياء التي قومها العدلان، فيقول هذا يناسب هذا، وهذا نظير هذا، حتى تتساوى أقسام المناصب، ثم القرعة، ولا بد مع ذلك من إيصال كل ذي حق بنصيبه على وجه يمكنه الإنتفاع، ولا يضر شريكه، وهذه القسمة هي لمتروك المتوفى بين ورثته.

والتركة في اللغة: اسم لكل متروك، وفي (المختار): ((وتركة الميت تراثه المتروك)).

وفي الاصطلاح: هي الأموال المخلفات، وما يتبعها من الحقوق الواجبات كالإستطراق، والإباحة في ملك الغير، والشركة في العلو والسفل، ووجوب القصاص في الأطراف، والقود وما يورث من الخيارات والشفعة، وسميت هذه المذكورات تركة، لأن الميت تركها للورثة.

ويكفي قسام وشرطه العدالة مع التراضي وقسمته لازمة، أما إذا قلنا: غير لازمة فالتراضي كاف، ولا بد معه من عدلين عارفين مختبرين للتقويم، ذكره في (الحفيظ) وغيره.

والوجه في ذلك: أن القسمة مبناها على التعديل، وإزالة الحيف والميل عن الشركاء، فلذلك اعتبرت العدالة، قال في (الانتصار): إن قسم الحاكم كفى، وإن قسم غيره وكان المقسوم لا

يفتقر التقويم كفى عدل واحد بالإجماع، وإن كان يفتقر إلى التقويم.

فقال الشافعي: لا بد من العدد والصفة، قال الإمام المهدي: وهو المذهب، ولها شروط صحة، وشروط إجبار، وأقسام، وأحكام، مذكورة في كتب الفروع.

واعلم أن المعتبر في قسمة المواريث إذا كان على المتوفى دين غير مستغرق لتركته أو منه وصية أو معاً أن تكون من بعد نزع الدين من الرأس، ثم الوصية، كما في قوله تعالى: {يُوصِيكُمْ اللَّهُ }[النساء:11]..الآيتين، لتعلق ذلك بما تقدم من قسمة المواريث، كأنه قيل: قسمة هذه الأنصباء من بعد وصية يوصين بها أو دين، قاله الزمخشري وغيره.

وسيأتي تمام الكلام في (باب الوصايا) وعلى حديث (المجموع) الآتي، بلفظ: ((لا وصية ولا ميراث حتى يقضى الدين)) مع ذكر كلما يلزم إخراجه من رأس المال، وما يلزم من الثلث.

وذكر الإمام عليه السلام في هذا الباب مسألتين:

(474/2)

[أجرة القاسم]

الأولى: قوله: حدثني زيد بن علي، عن أبيه، عن جده عن علي عليه السلام قال: ((أجر القاسم سحت)).

قال في (التخريج): لم أجده فيما وقفت عليه من الكتب، ووجدت في معنى هذا الأثر عن علي عليه السلام كلاماً أحببت إيراده.

وذكر كلام (النهاية) والخطابي الآتي ذكرهما، ونسبه إلى (شرح الهداية).

قلت: يشهد له معنى ما أخرجه أبو داود في (سننه) بلفظ: حدثنا جعفر بن مسافر التنيسي، نا ابن أبي فديك، نا الزمعي، عن الزبير بن عثمان بن عبد الله بن سراقه: أن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان، أخبره أن أبا سعيد الخدري أخبره: أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم، قال: ((إياكم والقسامة)) قال: فقلنا: وما القسامه ؟ قال: ((الشيء يكون في يد الناس فينتقص منه)) .

ثنا عبد الله القعنبي، ثنا عبد العزيز ـ يعني ابن محمد ـ عن شريك ـ يعني ابن أبي نمر ـ عن عطاء بن يسار، عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم نحوه، قال: ((الرجل يكون على الفئام في الناس ، فيأخذ من حظ هذا، أو من حظ هذا)) ـ انتهى.

والفِئام ـ بكسر الفاء وبالهمزة ـ : الجماعات الكثيرة ـ انتهى ـ وهو بلفظه في (المنهاج الجلي).

والحديث يدل على: تحريم ما يأخذه القاسم من الأجرة ـ أي المفرض للفرائض ـ سواء كان في

المواريث أو غيرها لا تحل له الأجرة بمقابل ذلك، ولا يستحق أي شيء، فإن أخذ القاسم الأجرة على ذلك فسحت، والسحت: الحرام الذي لا يحل كسبه، ولا يطيب أخذه وربحه، سمى بذلك؛ لأنه يسحت التركة ـ أي يذهبها ـ .

(475/2)

ذكره في (النهاية): والقاسم هو الفاعل للقسمة، ويقال له: قسام مبالغة، والإسم القِسمة ـ بالكسر ـ ثم أطلق على الحصة والنصيب، فيقال: هذا قسم فلان والجمع (أقسام) مثل: حمل وأحمال، واقتسموا المال بينهم، والإسم القسمة، وأطلقت على النصيب ـ أيضاً ـ وجمعها (قسم) مثل سدرة وسدر، وقسمته قسماً من باب ضرب فرزته أجزاءاً فانقسم، ذكره في (المصباح).

وقد اختلف العلماء في القاسم المذكور في الخبر، فقيل: هو المفرض للفرائض، وهو قول الجمهور، وأكثر أهل اللغة، فأخذ الأجرة على ذلك سحت.

والوجه في ذلك: أنها لم تكن في مقابلة عمل، بل ذلك بمثابة الفتوى بالنطق وليس بعمل، وذكر ابن الأثير وصاحب (الهداية) وتخريج (البحر) ما يأخذه القسام من رأس المال عن أجرته لنفسه، كما يأخذه السماسرة مرسماً مرسوماً لا أجراً معلوماً، كتواطئهم على أن يأخذوا من كل ألف شيئاً معيناً، وذلك حرام ـ انتهى.

وزاد وذكر في (الهداية) و(تخريج البحر) ـ أيضاً ـ: وعلى هذا يحمل الحديث، وهو قوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((إياكم والقُسامة)) ـ بضم القاف ـ انتهى.

قال الحافظ ابن حجر: وهو مع ضم القاف يُروى بالتخفيف اسم لتمييز النصيب، أو بفتح القاف الأيمان في الدماء وذكره في (فتح الباري) قال الخطابي: ليس في هذا تحريم إذا أخذ القسام أجرته بإذن المقسوم لهم، وإنما هو فيمن ولى أمر قوم ـ أي عريفاً لهم أو نقيباً ـ فإذا قسم بين أصحابه أمسك منه نصيباً يستأثر عليهم.

(476/2)

وقد جاء في رواية أخرى: الرجل يكون على الفئام، فيأخذ من حظ هذا أو من حظ هذا، ذكره ابن الأثير، قال: وأما القِسامة ـ بالكسر ـ: فهي صفة القسام، كالجُزارة، والجِزارة، والبُشارة، والبِشارة ـ انتهى.

وأما أخذ الأجرة على الإقرار في المثليات . أي تنحية نصيب كل وارث عن نصيب الآخر، وتعديل الأنصباء في القيميات . لأنه من قسمته قسماً من باب ضرب، والفاعل قاسم، أي فرزته أجزاء فانقسم، فليس في كل ذلك تحريم فيما يأخذه القسام أجرة عمله بإذن الورثة قدراً معلوماً، وكانت الإجارة صحيحه، أو بقدر ما يستحقه من أجرة المثل على عمله، ولو كانت الإجارة فاسدة فحلال وليس بسحت بالإجماع، وهي على قدر الحصص لا على عدد الرؤوس. ذكره أبو العباس على أصل يحيى عليه السلام، وهو قول أبي يوسف، ومحمد، والشافعي، واختاره في (الإنتصار).

وقال أبو طالب، وأبو حنيفة: أن الأجرة على عدد الرؤوس، واحتجوا بأن صاحب السهم الدقيق هو الملجئ إلى التحقيق.

ورد: بأن ذلك يؤدي إلى استغراق نصيب صاحب الأقل، وهذا الخلاف إنما هو في قسْمة الممسوحات، أما في قسمة المكيل، والموزون، والمعدود، فعلى قدر الأنصباء اتفاقاً.

قوله: ((سحت)) في (المصباح) و(النهاية): ((السحت . بضمتين، وإسكان الثاني تخفيف . : هو كل مال حرام لا يحل كسبه ولا أكله)) . انتهى.

(477/2)

سمي بذلك لما ذكرنا، ويهلك به صاحبه هلاك الاستئصال، يقال: مال فلان سحت . أي لا شيء على من استهلكه . ودمه سحت . أي لا شيء على من سفكه . واشتقاق من السحت، وهو الإهلاك والاستئصال، ومنه قوله تعالى: {فَيُسْحِتَكُمْ بِعَذَابٍ }[طه:61] . أي يستأصلكم بتاتاً . .

وقد اختلف العلماء في تعداد وجوه السحت، في قوله تعالى: {أَكَّالُونَ لِلسُّحْتِ }[المائدة:42] فذكر جماهير المفسّرين في ذلك أقوال كثيرة، فقال إبراهيم، والحسن، ومجاهد، وقتادة، والضحاك: السحت: الرشا.

وروي عن عبد الله بن مسعود، من طريق ابن عيينة، عن مسروق، عن ابن مسعود، قال: السحت: أن يتشفع بك على إمام فتكلمه، فيهدي لك هدية فتقبلها .

ومن طريق شعبة، عن منصور، عن سالم ابن أبي الجعد، عن مسروق، عنه: أن السحت الرشا في الحكم، والشهادة، ونحوهما.

وفي رواية عنه قال: ((الرشوة في الحكم كفر)) ومن طريق منصور، عن الحكم، عن أبي وائل، عن مسروق، قال: إن القاضي إذا أخذ الهدية فقد أكل السحت، وإذا أكل الرشوة بلغت به

إلى الكفر.
وروي عن علي بن أبي طالب أنه قال: السحت الرشوة في الحكم، ومهر البغي، وعسب الفحل، وثمن الكلب، وثمن الخمر، وثمن الميتة، وحلوان الكاهن.
وقال الأعمش عن خيثمة، عن عمر، قال: ((بابان من السحت يأكلهما الناس: الرشا، ومهر الزانية)) .
ومن طريق إسماعيل بن زكريا، عن إسماعيل بن مسلم، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: ((هدايا الأمراء من السحت)) . انتهى.. إلى غير ذلك.
فعرفت أن السحت اسم شامل لكل ما لا يحل كسبه ولا يطيب أخذه ولا أكله . والله أعلم.

(478/2)

الثانية: أشار إلى بيان مجمل ترجمة الباب بقوله:

(479/2)

[إقرار قسمة الأرضين في الجاهلية والإسلام]
حدثني زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي عليه السلام، قال: ((كل رباع، أو أرضين قسمت في الجاهلية فهو على قسمتها ، وكل رباع، أو أرضيين أدركهما الإسلام فهي على قسمة الإسلام)).
قال في (التخريج) البيهقي في الجزء التاسع من (كتاب السنن) في (باب فتح مكة حرسها الله): (باب ما قسم من الدور والأراضي في الجاهلية، ثم أسلم أهلها) عليها بإسناده إلى الربيع، قال:
سألت الشافعي عن أهل الدار من الحرب يقتسمون الدار، ويملك بعضهم على بعض على ذلك القسم، ويسلمون، ثم يريد بعضهم أن ينقض ذلك القسم، ويقسمه على قسمة الأموال؟
فقال: ذلك ليس له.
قلت: وما الحجة في ذلك؟
قال: الإستدلال بمعنى الإجماع، والسنة، فذكر مالا يؤاخذون به من قتل بعضهم بعضاً وسبى بعضهم بعضاً، وغصب بعضهم بعضاً، ثم قال: أنه أخبرنا مالك، عن ثور بن زيد الديلي أنه قال: بلغني أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال: ((أيما دار أو أرض قسمت في

الجاهلية ، فهي على قسم الجاهلية، وأيما أرض أو دار أدركها الإسلام، ولم تقسم، فهي على قسم الإسلام)) .

قال الشافعي: ونحن نروي فيه حديثاً أثبت من هذا بمثل معناه .

(480/2)

قال: ولعله أراد ما أخبرنا به أبو عبد الله الحافظ، أنبأ محمد بن أحمد بن زياد النحوي، ثنا محمد بن أحمد بن حميد . ابن نعيم المروزي . ثنا موسى بن داود (ح) وأخبرنا علي بن أحمد بن غيلان [عبدان في السنن]، أنبأنا أحمد بن عبيد الصفار، ثنا تمتام، ثنا موسى بن داود، ثنا محمد بن مسلم، ثنا عمرو بن دينار، عن أبي الشعثاء جابر بن زيد، عن ابن عباس، عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: ((كل قسم قسم في الجاهلية فهو على ما قسم عليه ، وكل قسم قسم في الإسلام فهو على ما قسم)) لفظ حديث تمتام، وقد روي حديث مالك موصولاً .

أخبرنا أبو عبد الله الحافظ، حدثني محمد بن مظفر الحافظ، ثنا أبو بكر بن داود، ثنا أحمد بن حفص: حدثني أبي، ثنا إبراهيم بن طمهان، عن مالك، عن ثور بن زيد، عن عكرمة، عن ابن عباس قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم .. وذكر مثل رواية الشافعي رحمه الله . انتهى .

قلت: وحديث ثور بن زيد، ذكره مالك في الموطأ عنه، قال: بلغني أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال، وذكره بلفظه، وصله إبراهيم بن طمهان عن مالك، قال ابن عبد البر: تفرد به عن مالك مسنداً، وهو ثقة، وحديث أبي الشعثاء أخرجه ابن حزم، وأبو داود، وابن ماجة، كلهم من طريق حجاج بن يعقوب، نا موسى بن داود، نا محمد بن مسلم الطايفي، عن عمرو بن شعيب [بن دينار في السنن] عن أبي الشعثاء، عن ابن عباس قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: ((كل قسم قسم في الجاهلية فهو على قسمة الجاهلية ، وما أدركه الإسلام ولم يقسم فهو على قسمة الإسلام)) .

(481/2)

ومن طريق عبد الرزاق، وعن ابن جريج، قال عمرو بن شعيب: قضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أن كلما قسم في الجاهلية فهو على قسمة الجاهلية، وأيما أدرك الإسلام ولم يقسم

فهو على قسمة الإسلام . انتهى.

قال ابن حزم محمد بن مسلم: ضعيف والثاني مرسل، وفي ((مجمع الزوائد)): وعن ابن عباس، عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: ((كل ميراث أدركه الإسلام ولم يقسم فهو على قسمة الإسلام)) .

رواه الطبراني، وفيه محمد بن الفضل وهو ضعيف جداً . أي حقق ضعفه تحقيقاً . وفي (كنز العمال) بلفظ: ((كل قسم في الجاهلية فهو على ما قسم ، وكل قسم أدركه الإسلام فهو على قسمة الإسلام)).

أخرجه أبو داود وابن ماجة، عن ابن عباس وفيه بلفظ: ((ما كان من ميراث قسم في الجاهلية فهو على قسمة الجاهلية ، وما كان من ميراث أدركه الإسلام فهو على قسمة الإسلام)) .

أخرجه ابن ماجة، عن ابن عمر، وفيه . أيضاً . بلفظ: كل ميراث قسم في الجاهلية فهو على قسمة الجاهلية، وكل ميراث لم يقسم حتى أدركه الإسلام فهو على قسمة الاسلام، أخرجه عبد الرزاق في (الجامع) وأبو نعيم في (الحلية)، عن عطاء بن أبي رباح مرسلاً، وأخرجه سعيد بن منصور في سننه، عن عمرو بن دينار مرسلاً.

(482/2)

وحديث ابن عباس أخرجه أبو نعيم، وما رواه في (مجمع الزوائد) وفي (كنز العمال) بلفظ: ((ما كان..)) وبلفظ: ((كل قسم..)) وبلفظ: ((كل ميراث..)) أعم من دلالة الأصل في الربائح والأرضين، وأعم من كل ذلك لفظ: ((كل قسم..)) ومحمد بن الفضل وإن ضعف، ورواية عطاء وإن كانت مرسلة، فقد روى عنه بن ماجة من طريق ابن عمر، موصولاً برجال الصحيح في مسنده في (باب قسمة المواريث، قال): حدثنا محمد بن رمح، أنبأنا عبدالله بن لهيعة، عن عقيل، أنه سمع نافعاً يخبر عن عبد الله بن عمر، أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال: ((ما كان من ميراث قسم في الجاهلية فهو على قسمة الجاهلية ، وما كان من ميراث أدركه الإسلام فهو على قسمة الإسلام)) .

وذكره في (مجمع الزوائد) وقال: إسناده ضعيف، لضعف ابن لهيعة. انتهى.

وقد تقدم الكلام عليه غير مرة، وتكلم عليه المؤلف، وذكر أنه يحتج بخبره وقد وثق، والحديث دلالته ظاهرة، وقد اشتمل على حكمين:

الأول: يدل صدر الخبر على تبقية الجاهلية بعد إسلامهم على ما فعلوه في جاهليتهم من القسم، لما في الخبر أو معاً فيما بينهم التي أسلموا عليها، وأنها صحيحة فيما بينهم، محكوم

بها لهم، وعليهم نفياً وإثباتاً وصحة كما هو صريح شواهد الخبر المذكورة، وهكذا الحكم فيما بني عليها من تصرفاتهم من قبل إسلامهم لحديث: ((وهل ترك لنا عقيل من رباع ..)) مرفوعاً من طريق أسامه بن زيد عند أبي داود فأمضى صلى الله عليه وآله وسلم تصرفاتهم، وقرر صحتها.

(483/2)

وظاهره: ولو كانت مخالفة للقسم الشرعية فتحري المعاملة بها وبما بني عليها، وهذا أصل أصيل شامل لبيان حكم ما وقع من ذلك بالجاهلية من العرب وغيرها من سائر الملل الذين لا كتاب لهم ولا دين، ولو كانت لحكم الله ثم أسلموا عليها فتجري المعاملة بها لهم وعليهم.
وهكذا يكون الحكم لأهل الكتاب فيما فعلوه على دينهم الذين أقرهم الشارع عليه من القسم وتصرفاتهم مهما بقوا على ذلك، فلا نعترضهم، ولا نرد معاملتهم قبل إسلامهم، بل تجري لهم وعليهم فيما بينهم.
ومثل ذلك إذا أسلموا عليها، ولو كانت مخالفة للإسلام إلا في أنكحتهم إذا أسلموا عليها فلا، إلا ما وافق الإسلام قطعاً أو اجتهاداً، أما إذا تحاكموا إلى المسلمين قبل إسلامهم فلا نحكم بينهم إلا بشريعة الإسلام، لقوله تعالى: {فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ ...} إلى قوله تعالى: {وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ ...} [المائدة: 42] وقوله تعالى: {وَأَنْ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ ..} [المائدة: 49] ولا ونورثهم بنكاح لا يحل مثله في الإسلام قطعاً أو اجتهاداً، لما تقدم في فرائض أهل الكتاب والمجوس.
الثاني: يدل عجز الخبر على أن تكون قسمة الرباع والأرضين، أو معاً، بعد إسلام المتقاسمين على قسمة الإسلام. أي على منطوق نصوص الأدلة الشرعية، وعلى شروطها، وأحكامها المذكورة في (كتاب الفرائض). كما هو صريح الشواهد، والوجه في ذلك قوله: ((أدركهما الإسلام)) أي أدرك الإسلام المتقاسمين، وهذا أصل أصيل لكلما وقع بعد الإسلام من القسم أن تكون قسمة شرعية.

(484/2)

وإنما نص الخبر على الرباع والأرضين، لأنها التي كانت تجري عليها القسمة حينئذ، وقد ذكرنا آنفا فيما أخرجه البيهقي، وذكره في (كنز العمال) و(مجمع الزوائد) وغيرها، ما هو أعم من

ذلك في الدلالة، بلفظ: ((كل ميراث..)) وأعم من ذلك ما جاء في الخبر بلفظ: ((كل قسم..)) فيحمل ما في الأصل على الغالب، والرباع . بكسر الراء .: جمع ربع . بفتح الراء المهملة، وسكون الموحدة .: وهو المنزل المشتمل على أبيات ودار الإقامة، يقال: ربع القوم . أي محلهم . .

ذكره في (النهاية) وفي (المصباح): والربع: محلة القوم ومنزلهم .. إلى أن قال: والجمع رباع، مثل سهم وسهام . انتهى.

وفي حديث عائشة أنها أرادت بيع رباعها . أي منازلها . وأخرج أبو داود من طريق أسامة بن زيد، قال: قلت: يا رسول الله أتنزل غداً في دارك بمكة؟ قال: ((وهل ترك عقيل من رباع)) فسماها رباعاً، وأمضى صلى الله عليه وآله وسلم تصرفات الجاهلية تألفياً لمن أسلم منهم.

وفي رواية: ((..من ربع)) قال الداودي: كان من هاجر من المؤمنين باع قريبه الكافر داره.

(485/2)

قوله: ((وأرضين)) قال في ((درة الغواص)): ويقولون في جمع أرض (أراضي) فيخطئون فيه، لأن الأرض ثلاثية، والثلاثي لا يجمع على فاعل، والصواب: أن يقال في جمعها (أرضون) بفتح الراء والهاء مقدرة في أرض، فكان أصلها أرضة، وإن لم ينطق بها، ولأجل تقدير هذه الهاء جمعت بالواو والنون على وجه التعويض بها عما حذف منها، كما قيل في جمع عضة عضون، وفي جمع عزة عزون، وفتحت الراء لتؤذن بالفتحة، لأن أصل جمعها أرضات، كما يقال نَخْلة ونخلات، وقيل: بل فتحت لما دخلها ضرب من التغيير، كما كسرت السين في جمع سنة، قيل: سنون . انتهى.

وسياق الخبر لبيان إجرى القسم على حكم الإسلام، لا على حكم الجاهلية، ولدلالة قوله تعالى: {أَفَحُكْمَ الْجَاهِلِيَّةِ يَبْغُونَ } [المائدة: 50] نزلت فيمن حكم في الإسلام بحكم الجاهلية . أي تريدون ذلك، وقد أعزكم الله وأخرجكم من الظلمات إلى النور . وفي (غرائب القرآن) للنيسابوري: واعلم أن أهل الجاهلية كانوا يتوارثون بشيئين النسب والعهد.

أما النسب فكانوا لا يورثون الصبيان ولا الإناث، وإنما يورثون الرجال الكبار، وكانوا يقولون: لا يعطي إلا من قاتل على ظهور الخيل، وحاز الغنيمة .. إلى آخر ما تقدم ذكره من ذوي السهام.

وأما العهد فالحلف والتبني مع زيادة شيئين هما الهجرة والمؤاخاة، وقد نسخ كل ذلك بآيات المواريث، وتقدم بيان كل ذلك في أسباب الميراث في (كتاب الفرائض).

(486/2)

والمراد بالجاهلية: الحالة التي كان عليها العرب قبل الإسلام من الجهل بالله، ورسول الله صلى الله عليه وآله وسلم، وشرائع الإسلام، والمفاخرة بالأنساب، والكبر، والتجبر، وغير ذلك، ذكره في (النهاية) مع ما كانوا عليه قبل الإسلام، بل في صدر الإسلام في المياريث فيما بينهم المذكور آنفاً.

وفي (الكشاف) في قوله تعالى: {أَفَحُكْمَ الْجَاهِلِيَّةِ يَبْغُونَ } [المائدة: 50] أي تبطلون الملة الجاهلية التي هي هوى وجهل، لا تصدر عن كتاب، ولا ترجع إلى وحي من الله.

وعن الحسن: ((هو عام في كل من يبغي غير حكم الله)) وفي الرازي: ((كل من خرج عن حكم الله إلى حكم الجاهلية)) وهو ما يقدم عليه فاعله بجهالة من غير علم، وتقدم بعض الكلام في المراد بالجاهلية في أول هذه التتمة في باب (طاعة الإمام).

(تنبيه) يؤخذ من ظاهر الخبر: أن المعتبر بحال القسمة لا بموت المورث، فمن أسلم من الورثة أو عتق كله أو بعضه قبل قسمة التركة فهو من الورثة يجب توريثه، ولو كان حال موت المورث كافراً أو رقاً، وهو قول أمير المؤمنين علي بن أبي طالب، وعمر، وعثمان، وعكرمة، والحسن، ورواية عن أحمد، وهو قول جمهور السلف والخلف.

وقال ابن حزم: من مات له مؤرث وهما كافران، ثم أسلم الحي أخذ ميراثه على سنة الإسلام، وهو قول الشافعي، وأبو سليمان.

وذهب جماعة، ورجح للمذهب، ورواية عن أحمد، ونسبه في (الجامع الكافي) إلى محمد بن منصور، إلى أن المعتبر بحال مؤت المورث، فمن أسلم أو عتق كله أو بعضه بعد مؤت المورث فلا شيء له في الميراث فلا يقسم له شيء.

(487/2)

وقال مالك: تقسم مواريث أهل الكتاب على حكم دينهم، سواء أسلم أحد الورثة قبل القسمة، أو لم يسلم.

وأما غير أهل الكتاب فمن أسلم منهم من الورثة بعد القسمة فليس له غير ما أخذ، ومن أسلم منهم قبل القسمة قسم على حكم الإسلام.

احتج الأولون بحديث الأصل وشواهده بما أخرجه الديلمي من طريق أبي هريرة: ((من أسلم عن ميراث قبل أن يقسم فله نصيبه)) .

وذكره في (كنز العمال)، وأخرج ابن حزم من طريق ابن عمر، قال: ((من أسلم على ميراث

قبل أن يقسم ورث منه)) أخرجه عبد الرزاق.

وأخرج . أيضاً . من طريق سعيد بن منصور، عن يزيد بن قتادة الشيباني، أنه شهد عثمان بن عفان ورث رجلاً أسلم على ميراث قبل أن يقسم .

وفي (مجمع الزوائد) في (باب من أسلم وبعض ورثته على غير دينه، فيسلم قبل قسمة الميراث): عن حسان بن بلال، عن يزيد بن قتادة: حدث أن رجلا من أهله مات وهو على غير دين الإسلام، قال: فورثته أختي دوني، وكانت على دينه، ثم أن [أبي] أسلم فشهد مع رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم حنيناً فمات، فأحرزت ميراثه، وكان ترك غلاماً ونخلاً، ثم أن أختي أسلمت فخاصمتني في الميراث إلى عثمان، فحدثني عبد الله بن الأرقم: أن عمر قضى أن من أسلم على ميراث قبل أن يقسم فله نصيبه فقضى به عثمان، فذهبت بذلك الأول وشاركتني .

وهذه الأدلة وإن كانت موقوفة عمن ذكرنا فهي محمولة على الرفع، إذ ليس للإجتهاد فيها مسرح.

(488/2)

واحتج ابن حزم ومن معه بقوله تعالى: {وَمَنْ يَبْتَغِ غَيْرَ الإِسْلاَمِ دِينًا فَلَنْ يُقْبَلَ مِنْهُ }[آل عمران:85] وبقوله تعالى: {أَفَحُكْمَ الْجَاهِلِيَّةِ يَبْغُونَ } [المائدة:50]..الآية.

احتج أهل المذهب ومن معهم: أن الميراث قد وجب للورثة قبل إسلامه وقبل عتقه كله أو بعضه، فقد استحق كل وارث منهم سهمه في الميراث، ودخل في ملكه بعد خروج روح المورث شاء أم أبى، ولو لم يقسم المال ولم ينتظر قسمته فلا يشركهم أحداً بإسلامه بعد موت المورث.

قال ابن المبر : صورة المسألة إذا مات مسلم، وله ولدان مثلاً مسلم وكافر، فأسلم الكافر قبل قسمة المال.

وحجتهم: حديث أسامة عند البخاري السالف ذكره، وما تقدم ذكره في ((كنز العمال)) بلفظ: وما كان من ميراث، لأن المعتبر في ثبوت المياريث بوفاة المؤرث قسمت التركة أم لا، لأن المتروك دخل في ملك غيره، وليس بوارث.

وفي (الجامع الكافي): إذا أسلمت المرأة قبل أن تنقضي عدتها قبل قسمة تركة زوجها المسلم، فذكر عن علي، وعن الحسن البصري، وغيره: أنها إذا أسلمت قبل أن يقسم الميراث ورثته.

وأما ما عليه الناس قبلنا فإن الميراث إنما يجب بالموت، وقال صلى الله عليه وآله وسلم: ((لا يتوارث أهل ملتين)) فإذا ما مات الميت واستحق كل وارث نصيبه وسهمه في كتاب الله لم يشركهم أحداً بإسلامه بعد أن يحيز كل واحد ما سمي الله له في كتابه قسم الميراث أو لم يقسم.

(489/2)

واستثنى أهل المذهب مسألة العبد إذا أعتق كله أو بعضه قبل حيازة المال إلى بيت المال، فإنه وارث وإن لم يكن خروج آخر جزء من حياة المورث وارثاً، كذلك المنصف، والمورد، والمفخذل، ونحو ذلك.

قد تقدم بعض الكلام على ما ذكرنا في التنبيه في مواضع متفرقة في (ولاء العتاق) وفي (فرائض أهل الكتاب) وفي (المكاتب) وغير ذلك، وليس ما في كل موضع تكرار للآخر، والله اعلم.

هذا ويتعلق بصدر حديث المجموع نظير ما كانت الجاهلية تفعله من عدم توريثهم النساء وسائر معاملتهم فيما بينهم التي لم تصدر عن كتاب ولا ترجع إلى وحي ما يقع بين العوام من القبائل أهل الوبر الذين هم كالأنعام، بل هم أضل في جاهليتهم من عدم توريثهم للنساء، وما يصدرون عليه معاملتهم الطاغوتية من المبيعات والأحكام، وغيرها، التي لم تجر على النمط الشرعي قبل معرفتهم للشريعة، وكذا ما وقع بينهم من عقود أنكحة وغيرها نفياً، وإثباتاً، وتمليكاً، ومنعاً، وما جرت به أعرافهم من تقسيمهم لمرافق بلدانهم من عدم نقض كل ذلك عليهم بعد معرفتهم للشريعة وبقائهم عليها كما كانت، إلا ما كان مصادماً للشريعة من الأنكحة التي لم توافق الإسلام قطعاً ولا اجتهاداً، وأما بعد معرفتهم للشريعة فلا إلا على نصوص الشريعة المحمدية فما أحدثوا بعد ذلك على خلاف الشريعة فمردود، وليس لهم البقاء على ذلك، لحديث: ((كل ما لم يكن على أمرنا فهو رد)) . أي مردود . انتهى.

(490/2)

(تنبيه): يتعلق بـ(كتاب الفرائض) وما تقدم من الأبواب وأدلتها أربعة أبواب قل من أهملها من علماء الفرائض في مؤلفاتهم كـ(المجموع) وذكرها هنا في هذه التتمة لتتميم الفائدة بهذه التتمة منهم، لدوارنها وكثرة وقوعها.

وهي (باب ميراث ابن الملاعنة، وولد الزنا) وباب الحمل، وباب المفقود وباب الولد الدعي، وليست من نوادر الفرائض كما قيل، إلا الرابع وما قبله من الكثير الغالب، إذ قل ما تخلو مسألة فرضية منها إلا نادراً.

(491/2)

باب ابن الملاعنة وولد الزنا واللقيط

الذي لا أب له، معروف، أما ابن الملاعنة: فاعلم أن صاحب الفراش ليس له نفي ما جاءت به زوجته أو أمته، ولو كان نفيه من جهة النداء، نحو يا زانية، ولو بالفارسية، نحو ياهرزة أو نحوها، إذا عرف أن معناه قحبة، إلا من جهة اللعان، ويسمي الولد ابن ملاعنة، وحقيقة: هو الولد المنفي نسبه من أبيه بنفي الحاكم، بعد أيمان ندب تأكيدها باللعن والغضب، كما حكي الله في كتابه العزيز بقوله تعالى: {وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ ..}[النور:6] الآيات.

وحقيقة اللعان: هي أيمان يكذب بها الزوجان أنفسهما، يرتفع بها النكاح كارتفاعه بالطلاق البائن، ويسقط الحد، وينتفي بها نسب الولد من أبيه، ويلحق ما أتت به لأربع سنين فما دون، ولستة أشهر فما فوق من وضع الأول إذا اقترن بذلك حكم حاكم.

واختلف العلماء في سبب نزول الآية، فقيل في: عويمر العجلاني، والأكثر في هلال ابن أميه مع إتفاقهم في أنه لم يلاعن في حضرة النبي صلى الله عليه وآله وسلم غيرهما.

وأما كيفية اللعان، فمبسوط في كتب الفروع.

وأما ولد الزنا: فهو المولود الذي لا لفراش الواطئ، ولا لما يجري مجرى الفراش، وذلك فيمن وطئ أحد الثمان، إلا ما وطء غلط أو شبهة.

(492/2)

وكل منهما ليس له عصبة إلا من جهة البنوة أو بنيهم وإن سفلوا ذكوراً كانوا، أو ذكوراً أو إناثاً، أو الولي كمعتق أبي الزنا، أو معتق أمته، أو معتق أبويها، أو أحدهما، وكذلك أبي الملاعنة، أو جدتهما من قبل الأم، دون الأبوة والأخوة لأب، فإنهم ليسوا بعصبة، ولا ذوي سهام، لانتفاء نسب الأبوة، فعلى هذا عصباتهما من النسب الإبن، وابن الإبن وإن سفل، ومن السبب المعتق إذا ثم السالف ذكره.

وذوي سهامهما خمسة: البنت فأكثر، وبنت الإبن فصاعداً، والأم وأمها وإن علت، والأخ لأم

والأخت لأم، أو معاً فأكثر. [تحديد الفواصل بين ذوي السهام الخمسة]
وذوي أرحامهما من تفرع من ذوي السهام، وأولاد ابن الملاعنة أولاد بنيه يسقطون الأخوة لأم، فإن عدمت العصبات وذوي السهام فعصباتهما عصبة أمهاتهما، ولا يرثون إلا في (باب ذوي الأرحام) ذكره في (المفتاح) وغيره، وهو قول الجمهور.
واحتجوا في ابن الملاعنة: بما أخرجه البخاري في ((الصحيح)): حدثنا يحيى بن قزعة، ثنا مالك، عن نافع، عن ابن عمر: أن رجلاً لاعن امرأته في زمن النبي صلى الله عليه وآله وسلم، وانتفى من ولدها، ففرق النبي صلى الله عليه وآله وسلم [بينهما]، وألحق الولد بالمرأة .
قال الحافظ بن حجر في (فتح الباري): ((وقد اختلف السلف في معنى إلحاقه بأمه، مع اتفاقهم أنه لا ميراث بينه وبين الذي نفاه، فجاء عن علي، وابن مسعود، أنهما قالا في ابن الملاعنة: "عصبته عصبة أمه، يرثهم ويرثونه" ذكره ابن أبي شيبة، وبه قال النخعي، والشعبي.

(493/2)

وجاء عن علي، وابن مسعود: أنهما كانا يجعلان أمه عصبة وحدها، فتعطى المال كله، فإن ماتت أمه قبله فماله لعصبتها، وبه قال جماعة، منهم: الحسن، وابن سيرين، ومكحول، والثوري، وأحمد في رواية.
وجاء عن علي عليه السلام: أن ابن الملاعنة ترثه أمه وإخوته منها، فإن فضل شيء فهو لبيت المال، وهذا قول زيد بن ثابت، وجمهور العلماء، وأكثر فقهاء الأمصار.
قال مالك: وعلى هذا أدركت أهل العلم، وأخرج عن الشعبي قال: بعث أهل الكوفة إلى الحجاز في زمن عثمان، يسألونه عن ميراث ابن الملاعنة، فأخبرهم أنه لأمه وعصبتها، وجاء عن ابن عباس عن علي: أنه أعطى الملاعنة الميراث، وجعلها عصبة، قال ابن عبد البر: الروايةِ [الأولى] أشهر عند أهل الفرائض.
قال ابن بطال: هذا الخلاف إنما نشأ من حديث الباب، حيث جاء فيه: ((وألحق الولد بالمرأة)) لأنه لما ألحق بها قطع نسب أبيه، فصار كمن لا أب له من أولاد البغي.
وتمسك آخرون بأن معناه: إقامتها مقام أبيه، فجعلوا عصبة أمه عصبة أبيه.
قلت: وجاء في المرفوع ما يقوي [القول] الأول، فأخرج أبو داود من رواية مكحول مرسلاً، ومن وراية عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، قال: "جعل النبي صلى الله عليه وآله وسلم ميراث ابن الملاعنة لأمه ولورثتها من بعدها" ولأصحاب السنن الأربعة، عن واثلة يرفعه: "تحوز المرأة ثلاثة مواريث عتيقها، وطليقها، وولدها الذي لا عنت عليه".

قال البيهقي: ليس بثابت، قلت: وحسنه الترمذي، وصححه الحاكم، وليس فيه سوى عمرو بن رؤبة مختلف فيه، قال البخاري: فيه نظر، ووثقه جماعة، وله شاهد من حديث ابن عمر عند ابن المنذر.

(494/2)

ومن طريق داود ابن أبي هند عن عبد الله بن عبيد بن عمير [عمر في الفتح]، عن رجل من أهل الشام: "إن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قضى به لأمه هي بمنزلة أبيه وأمه".

وفي رواية أن عبد الله بن عبيد كتب إلى صديق له من أهل المدينة، يسأله عن ولد الملاعنة، فكتب إليه: "إني سألت فأخبرت أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قضى به لأمه)) . انتهى .

قلت: وحديث أبي داود المذكور من رواية مكحول مرسلاً، ومن رواية عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده مرفوعاً، في إسناده أبي لهيعة فيه مقال معروف.

وأخرج الشيخان من حديث فليح، عن الزهري، عن سهل بن سعد، حديث الرجل الذي لاعن في زمن النبي صلى الله عليه وآله وسلم، وكان ابنها ينسب إليها، فقضت السنة أنه يرثها، وترث منه ما فرض الله لها، وهذه طرق يقوي بعضها بعضاً.

قال ابن بطال: ((تمسك بعضهم بالحديث الذي جاء أن الملاعنة بمنزلة أبيه وأمه)) قال ابن حجر: ((وليس فيه حجة، لأن المراد أنها بمنزلة أبيه وأمه في تربيته وتأديبه، وغير ذلك مما يتولاه [تولاه في الفتح] أبوه)) .

ومجموع هذه الأدلة تدل على انتفاء نسبه من أبيه وإلحاقه بأمه، وثبوت الوراثة بينهما، والنفي إنما يبطل حق أبيه ومن أدلى به نسباً، ووراثة، وعقلاً.

كما هو مقتضى ما تقدم ذِكْرُه عن علي، وابن مسعود، من طريق ابن أبي شيبة وغيره، أنهما قالا في ابن الملاعنة: ((عصبته عصبة أمه، يرثهم ويرثونه)) وبه قال الشعبي، والنخعي، وكل ذلك لا ينافي ما ذكرنا عنهما، أنهما كانا يجعلان أمه عصبة وحدها عند البيهقي وسعيد بن منصور فتعطى المال كله.

(495/2)

ولما أخرجه الدارمي: ثنا مروان بن محمد، ثنا الهيثم بن حميد، عن العلاء بن الحارث، عن عمرو بن شعيب [عن أبيه، عن جده]: أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قضى بميراث ابن

الملاعنة لأمه كله؛ لما لقيت فيه من العناء. انتهى .
والحديث وإن كان مرسلاً فقد تقدم موصولاً، من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه، عن جده، عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم، وذكر الحديث، قال المحقق المقبلي: هذا المذهب هو الظاهر، لأنه لما انقطع أن يورث من قبل الأب بقيت جهة الأم وغيرها على حالها، ولم تكن عصبة الأم عصبة في غير هذا الموضع، ولا كانت الأم عصبة في غيرها، فيبقى كل ما كان، ولم يقهرنا دليل، ولم يكن من العلل المانعة من الإرث. انتهى.

(496/2)

فإن ماتت الأم قبله فماله لعصبتها، كما في حديث عمرو بن شعيب، ولورثتها من بعدها، وذكر ابن حجر: أن المراد بالعصبة الورثة، فإذا لم يكن له وارث إلا هي استبدت بالمال فرضاً ورداً، وإلا شاركها من له إرثه معها من قرابتها، جمعاً بين أدلة لحقوق نسبه بأمه، وأدلة التوريث، وهو المراد بما روي عن علي: ((أن ابن الملاعنة ترثه أمه وإخوته منها)) خلا أنه يشكل قوله: ((فإن فضل شيء فهو لبيت المال)) لما فيها من المخالفة لرواية إثبات الميراث كله لأمه، ولأدلة توريث ذوي الأرحام إذ كان مقتضاها إثبات الرد، لأنه عليه السلام من المثبتين له كما تقدم، لدلالة ما أخرجه سعيد بن منصور، والبيهقي، عن الشعبي، أن علياً قال، في ابن الملاعنة ترك أخاه وأمه: ((لأمه الثلث، ولأخيه السُّدس، وما بقي فهو رد عليهما بحساب ما ورثا)) وكلام ابن مسعود: للأخ للأم السدس، وما بقي فللأم وهي عصبة، ففي النفس شيء من نسبة هذه المقالة إلى علي عليه السلام، ولعل في كلام صاحب (الفتح) سقط، والمتجه نسبتها إلى زيد بن ثابت لأنه من نفاة الرد، وما ذكرناه من أدلة إلحاق ابن الملاعنة بأمه، وأدلة ثبوت التوريث بين المذكور وأمه وورثتها، إذا لم يكن له من صلبه ورثة، هي أدلة الجمهور.
والخلاف لابن عباس، فإنه جعل ما فضل عن أهل الفرائض لعصبة الميت دون عصبة أمه إذا لم يكن لابن الملاعنة من قبل أبيه فالمسلمون عصبته.

(497/2)

واحتج بما رواه: ((فهو لأولى رجل ذكر)) السالف ذكره، ورد: بأن نسب أبوته منقطعة ومنتفية، والإنقطاع والنفي مبطل بهما حق أبيه، ومن أدلى به، كما قرره المحقق الجلال في ((ضوء النهار)).

واحتج الجمهور في ولد الزنا بما أخرجه الدارمي، بلفظ: أخبرنا أبو نعيم، [نعيم في السنن] ثنا شريك، عن محمد بن سالم، عن الشعبي، عن علي، وعبد الله، قالا: ((ولد الزنا بمنزلة ابن الملاعنة)) .

وفيه: ثنا إبراهيم بن موسى، عن حفص بن غياث، عن عمرو، عن الحسن قال: ((ابن الملاعنة مثل ولد الزنا، ترثه أمه، وورثته ورثة أمه)) وفيه: ثنا سعيد بن المغيرة، عن ابن المبارك [عن عمر] أو يونس، عن الزهري، في أولاد الزنا، قال: ((يتوارثون من قبل الأمهات، وإن ولدت تؤماً [يوماً في السنن يتأكد من اللفظ ولعل الصحيح ما أثبت] فمات ورث السدس)) .

وأخرج - أيضاً -: ثنا إسماعيل بن أبان، عن موسى بن محمد الأنصاري، حدثني الحارث بن حصيرة، عن زيد بن وهب، عن علي، أنه قال في ولد الزنا لأولياء أمه: ((خذوا ابنكم ترثونه وتعقلون عنه ولا يرثكم)) . انتهى.

وفي (الجامع الكافي) من طريق زيد بن وهب، عن علي عليه السلام: أنه لما رجم المرأة أرسل إلى أهلها، فقال: ((هذا ابنكم ..)) إلى آخره، وزاد في آخره: ((وإن جنى جناية فعليكم)) . انتهى.

ومجموع هذه الأدلة وما أدى معناها منتهضة على ما ذكرنا من ميراث ولد الزنا، كابن الملاعنة غالباً، إذا لم يكن لهما وارث من صلبهما، فأمهما، ثم ورثتهما، ولا شيء لبيت المال، إلا مع عدم الوارث من صلبهما، ومن جهة أمهما.

(498/2)

وهو قول أمير المؤمنين علي بن أبي طالب، وجمهور الصحابة، وبه قال الحكم، وعلي ابن الحسين، وإبراهيم النخعي، والحسن، وجمهور التابعين فمن بعدهم.

وقال سليمان بن يسار، وعروة: ((أيما رجل جاء إلى غلام يزعم انه ابن له، وأنه زنى بأمه، ولم يدع ذلك أحد، فهو يرثه)) وهما محجوجان بالأدلة السالف ذكرها.

وبما تقدم في حديث الباب قبل هذا من طريق ابن عباس، عند أحمد بن حنبل، وأبي داود مرفوعاً، وفيه: ((لا مساعاة في الإسلام ..)) إلى آخره، ولحديث: ((وللعاهر الحجر)) وليس لهما حجة.

وأما الأدلة السالف ذكرها من طريق عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده مرفوعاً، أخرجه عبد الرزاق مرفوعاً.

ومن طريق ابن عمر عند الحاكم، ومن طريق ابن عباس عند أحمد، وأبي داود مرفوعاً بلفظ:

((من ادعى ولداً من غير رشدة فلا يرث ولا يورث)) . انتهى.
ففي غير ما نحن بصدده، إذا المراد بقوله فلا يرث، أي من أبيه الزاني، ولا يرث الزاني منه، لعدم ثبوت الفراش للزاني، حرة كانت أو أمة، ولعدم ثبوت الفراش لم يثبت النسب، والميراث تابع النسب التابع لثبوت الفراش، فلا يعارض أدلة الباب المذكورة . والله أعلم.
هذا وقد اشترط جماعة من العلماء في حكم الحاكم بنفي ابن الملاعنة أن يكون بعد الطلب، ولفظ الأزهار، ويحكم بالنفي بعد الطلب.
وظاهر الأحاديث لا يقضي اشتراط الطلب، فيحكم الحاكم وإن لم يطلب الحكم، لأن المرافعة قرينة الطلب، وهو الصحيح للمذهب، فلو حكم الحاكم بنفي الولد بعد تمام اللعان دون الفسخ، لم ينتف نسب الولد، وبقيت زوجته.

(499/2)

وإن حكم بالفسخ دون نفي الولد ثبت الفسخ، وحرمت عليه، وبقي نسب الولد لاحق بأبيه، وإذا كان المنفي توأمين، ومات أحدهما قبل نفي الحاكم، أو قبل الحكم، أو مات أحد الزوجين اللذين هما أبويهما، أو الإمام، ثبت نسب الثاني، لأنه لا يصح نفي نسب الميت، ولا يصح نفي الثاني؛ لأنهما حمل واحد فثبت الكل.
وكذا لو مات الحاكم، أو عزل قبل نفي الولد أو الحكم بنفيه، لأن من شرط الحاكم أن يتولى التنفيذ، إلا أن يعاد اللعان، ومثل ذلك: لو كان المنفي واحداً، أو مات قبل نفي الحاكم، أو موته، أو موت من ذكرنا قبل نفي الولد توارثا.
وقلنا: غالباً، احتراز من ثلاثة أحكام:
أحدها: أنه يصح أن يكون ولد الزنا معتقاً، وابن الملاعنة لا يصح؛ لأن من شرطه حرية الأم.
الثاني: أن توأما الزنى اتفقا على أن أحدهما لا يرث الآخر، إلا بكونه أخ لأم فيرثه بالتسهيم.
واختلفوا في تؤأما اللعان، فقال مالك، وأحد قول أصحاب الشافعي: إذا مات أحدهما ورثه الآخر ميراث أخ لأب وأم.
وقال عامة العلماء: واختاره المذاكرون للمذهب، يرثه ميراث أخ لأم.
الثالث: أنهم اختلفوا في عصبة أم ابن الملاعنة، هل تكون له أم لا؟ بخلاف عصبة أم ابن الزنا، فلا يرثون إلا بالرحم . يعني لا يرث أحد منهم مع وجود عصبة الميت، ولا ذوي سهامه، وميراثهم ميراث من أدلوا به، ويرثون بالتشبيه، والتقدير، والسبق، ولا يفضل ذكورهم على إناثهم، حيث أدلوا بوارث واحد من جهة واحدة، ولم يكونوا مختلفي النسب.

وأما بوارثين فكل واحد له ميراث من أدلى به، كما مر في ذوي الأرحام، وقال أحمد بن موسى: وعن الحسن بن صالح: ((أن ولدا الزنا كولد ابن الملاعنة عصبته عصبة أمه)).

ذكره الخالدي عقلاً، لا أرثاً ونكاحاً، وقال الفقيه يوسف: أما قول يحيى: ((عصبته عصبة أمه)) فقد حمله أبو العباس على: أن المراد إذا لم يكن له وراث غيرهم، وهو يجوز؛ لأنهم لا يرثون إلا كذوي الأرحام، فإن أكذب الأب نفسه فقبل موت الولد المنفي ثبت النسب والميراث بلا خلاف، وبعد موت الولد المنفي ولا ولد له لا إرثاً ولا نسباً.

فإن كان له ولد ثبت نسب الولد المنفي ونسب ولده، سواء أكذب نفسه قبل موت الولد المنفي أم بعده، واختلفوا في ميراثه من ولده المنفي، فورثه الناصر، والشافعي، والمذهب، لأن الميراث يترتب على ثبوت النسب.

وقد ثبت، وحكى أبو جعفر في (شرح الإبانة) للهادي: أنه لا يرث من ولده المنفي، إلا إذا أكذب نفسه قبل موت ولده المنفي لا بعد موته، فلا يرث؛ لأنه يورث التهمة بأنه ما أكذب نفسه إلا لأجل الميراث.

وقد أقر بحكمين له وعليه، فثبت الحكم الذي عليه وهو النسب، ولم يثبت الذي له وهو الميراث؛ لأجل التهمة، فإن خلف ابن الملاعنة أمه ومعتقها، فعندنا: للأم الثلث، ويجر الباقي لمعتقها.

وروى ذلك في (شرح الإبانة) عن الهادي، والحنفية، وهو المذهب، وروى الشيخ العصيفري: أنه للأم دون معتقها، لأنه لا يرث إلا بطريقة الأولى من بيت المال.

وأما اللقيط ومن لا أب له معروف فميراث كل واحد منهما لبيت المال، إلا أن يعلم لكل منهما ورثة، فإن ادَّعاه مدّعٍ بأنه ابنه ثبت نسبه منه، فإن ادعاه اثنان ولو يهودياً ونصرانياً، فيحتمل أن يقال: يثبت النسب لهما، لعدم المزية، وإلا لحق بمن فيه مزية على صفة ما سيأتي في (الباب الرابع).

وإن ادعته امرأتان ولا بينة لأحدهما ولا صفة، فمع استوائهما في الجزية والإسلام، فالمذهب: أنه لا يلحق بهما، لأنه يعلم كذب أحدهما قطعاً لاستحالة كونه منهما معاً، وهو قول بعض أصحاب الشافعي، ما لم يصدق أحدهما بعد بلوغه.

وقال الإمام يحيى، وبعض أصحاب الشافعي: أنه يلحق بهما - أيضاً - كالرجلين، فإن بينت إحداهما فلها، أو وصفته فكذلك، فإن كانت إحداهما مسلمة، والأخرى كافرة، كان للمسلمة، وكذا إذا كانت إحداهما حرة والأخرى أمة، كان للحرة، فإن كانت إحداهما أمة مسلمة والأخرى حرة كافرة، فصاحب (الوافي) والمنصور بالله: للمسلمة، واختاره المذاكرون للمذهب، ليستفيد الإسلام.

وقال المؤيد بالله: للحرة الكافرة، ليستفيد الحرية، وسيأتي تمام الكلام في الرابع من هذا.

وحاصله: إن اللقيط لا يخلو إما يكون من دار الكفر، أو من دار الإسلام، إن كان من دار الحرب، فإن كان مباحاً أخذه فملك لمن التقطه، وإن كان لا يباح له الأخذ لأجل أمارة أو نحوها فلقطة يجب التعريف بها، وإن كان من دار الإسلام فلا يخلو: إما أن يدعيه مدع أولاً، إن ادّعاه مُدّعٍ كان له حكمه، وإن لم يدعه فلا يخلوا إما أن يكون له وارث من قبل نفسه أم لا، إن كان له وارث فهو له، وإلا فلبيت المال - والله أعلم.

(502/2)

باب الحمل

اعلم.. إن المقصود من الحمل هنا: كل حمل لو كان منفصلاً عند موت القريب لورث، أما مطلقاً كالحمل من الميت، فإنه يورث بكل تقدير، سواء كان ذكراً أو أنثى، أو خنثى مفرداً أو متعدداً، أو على تقدير.

كما إذا خلف: عماً، وزوجة أخيه حاملاً من أخ الميت لأبوين أو لأب قبل موته، لأن الحمل على تقدير ذكورته يرث، لأنه ابن أخ، ويسقط العم ولا يرث بتقدير أنوثته مع العم، وعكسه: ما إذا خلفت زوجها وشقيقتها، وزوجة أبيها حاملاً من أبيها الميت، فإن الحمل يرث بتقدير أنوثته، ويستحق السدس تكملة الثلثين، وتعول المسألة إلى سبعة، ولا يرث بتقدير ذكورته، لأنه عصبة ولا تعول بعصبة.

والنظر يقع في حكمين، وهما باعتبار حكم إرث الحمل، أو حكم إرث غيره معه:

أما الأول: فقد اختلف علماء الإسلام في حكم إرث الحمل، فقال ابن حزم: من ولد بعد موت مورثه، فخرج حياً، كله أو بعضه، أقله أو أكثره، ثم مات بعد تمام خروجه، أو قبل تمام خروجه، عطس أو لم يعطس، وصحت حياته بيقين بحركة عين، أو يد، أو أي شيء صحت، فإنه: يرث، ويورث، ولا معنى للإستهلال، قال: وهو قول أبي حنيفة، وسفيان الثوري، والأوزاعي، وأبي سليمان.

واحتجوا بقوله تعالى: {يُوصِيكُمْ اللَّهُ فِي أَوْلاَدِكُمْ ..}[النساء:11] وهذا ولد بلا شك.
فإن قيل: هلا ورثتموه أن ولد ميتاً بحياته في البطن؟
قلنا: لو أيقنا حياته لورثناه، وقد تكون حركة ريح والجنين ميتاً، وقد ينفس الحمل، وتعلم أنه ليس بحمل حملاً، وإنما كان علة، فإنما نوقن حياته إذا شاهدناه.
وقال الشافعي: لا يرث، ولا يورث، حتى يخرج حياً كله.

قال ابن حزم: وهذا قول لا برهان على صحَّته.
وقال مالك: لا يرث، ولا يورث، وإن رضع وأكل، ما لم يَسْتهل صارخاً.
ونسبه ابن حزم إلى عمر، وابن عمر، والحسين بن علي، وابن عباس، وجابر بن عبد الله، وأبي هريرة، قال: وصح عن شريح: ((أنه لم يورث من لم يستهل)).
وروي ـ أيضاً ـ عن القاسم بن محمد، وابن سيرين، والشعبي، والحسن، والزهري، وقتادة، وهو قول مالك، وروي ـ أيضاً ـ عن أبي حنيفة، قال: ستة من الصحابة، وجماعة من التابعين لا يعرف لهم منهم مخالف، وقال بالأول والثالث أكثر أئمة أهل البيت والهدوية.
ورجح للمذهب، قالوا: إذا استهل الحمل ـ أي الجنين ـ ورث ممن مات قبل وضعه ممن يرثه وورث منه ما ترك من ميراث قريبه بشرطين:
الأول: بالإستهلال، واستهلاله: صياحه أو عطاسه، وكذا لو علمت حياته ضرورة بغيرهما، ثم خرج باقيه وقد مات، فإنه يرث ويورث.
الثاني: أن يعلم وجوده في البطن يقيناً عند موت مؤرثه، بأن ينفصل لدون ستة أشهر من موت مؤرثه، فإنه يتبين أنه كان متيقن الوجود، أو انفصل لأكثر منها ودون أربع سنين، فالظاهر وجوده، فنسبه وإرثه ثابتان إن خرج حياً ورث، وإن خرج ميتاً لم يرث وفاقاً وهو المختار، وأما إذا خرج بعضه حياً وبعضه ميتاً، فالمذهب: أنه يرث إذا تحقق حياة البعض، ولو إصبعاً، ثم مات.
وروي عن أهل العراق: أنه إذا خرج حياً إلى السرة ورث، وإلا فلا، رواه في (الإيضاح) للدواري، ورواية ابن سراقة عنهم: أنه إذا خرج أكثره حياً ورث وإلا فلا.
وقد اختلف العلماء فيما تعتبر به حياته، فأهل الفرائض قالوا: بالصوت، أو الحركة.

وفي (شرح الإبانة): الإستهلال عند الهادي، والفريقين: الحركة، والصوت معاً، وعند الناصر، ومالك، ورواية عن أبي حنيفة، وعند أبي طالب: بالصوت، ومثله في (الشرح) قال فيه: استهلاله: صياحه.

عند الهادي: ويكفي في استهلاله عدلة عند الهادوية أنه استهل، أو خرج حياً ولو بعضه، ويثبت النسب له ومنه عند المذهب، ولو كانت العدلة أمه فتقبل فيما يرجع إلى الجنين كالغسل ونحوه، لا فيما لها كالميراث فلا، وهو مذهب العترة، وأبي حنيفة، وأصحابه، الثوري، والشعبي، والنخعي، قالوا: ويعتبر في عورات النساء عدلة.

وعند الهادي لابد من عدلتين في استهلاله، وبه قال مالك، وهو احد الروايتين عن ابن أبي ليلى، وعن عثمان البتي: لا تقبل أقل من ثلاث نسوة.

وذهب الشافعي، وابن شرمة ، إلى أنها لا تقبل أقل من شهادة أربع نسوة، فإن لم توجد فعدلان عند المذهب وغيرهم، وقيل: لابد من العدلة وكل على أصله، وهذا الخلاف يجري في كل ما يتعلق بعورات النساء.

احتج الأولون بما تقدم في (المجموع) في (باب القضاء) من طريق أمير المؤمنين علي عليه السلام: ((أنه قضى بشهادة امرأة واحدة، وكانت قابلة على الولادة، وصلى عليه بشهادتها، وورثه بشهادتها)).

وبما ذكر المؤلف ـ رضي الله عنه ـ هنالك من شواهد الخبر .. إلى أن قال: ووجهه: أن قبول شهادة النساء في الولادة كان لأجل الضرورة، لأن المرأة تضطر إلى من يلي أمرها عند الولادة، فلا يراعي فيها أكثر مما تدعوا الضرورة إليه، ولا ضرورة بها إلى أكثر من واحدة فلا يشترط غيرها.

قال في (البحر): وقد قبلت في حال؛ لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((..كيف وقد شهدت السوداء أنها أرضعتكما)) وأهل الحديث في المتفق بمعناه، وذكر هنالك حجة الشافعي، وابن شبرمة، ومالك، والبتي، وغيرهم، واستوفى الكلام هنالك بما أغنى عن إعادته.

فلو اختلف الورثة في خروجه، فقال بعضهم: خرج حياً، أو استهل، وقال بعضهم: خرج ميتاً، ففي (شرح القاضي زيد): تقبل عدلة عند المذهب، والجمهور، فإن لم توجد فعدلان، وقال في (الأحكام) ومالك: عدلتين.

قال ابن حزم: واحتج مقلد مالك بما روي، من أن عمر: كان يفرض للصبي إذا استهل صارخاً

، وعن ابن عمر: إذا صاح صلى عليه، وعن ابن عباس: ((إذا استهل الصبي ورث وورث)) .
ومن طريق عبد الرزاق، عن ابن جريج : أخبرني أبو الزبير: أنه سمع جابر بن عبد الله يقول في المنفوس: ((يرث إذا سمع صوته)) .
ومن طريق عن سفيان الثوري، عن عبد الله بن شريك العامري، عن بشر بن غالب قال: سئل [لعلها سئل] الحسن بن علي متى يجب سهم المولود؟ قال: ((إذا استهل)) وصح عن إبراهيم النخعي: ((إذا استهل الصبي وجب عقله وميراثه)) . انتهى.
قلت: وهذه الأقوال وإن كانت موقوفة عن المذكورين، فمحمولة على الرفع، لأن إثبات المياريث ليس للإجتهاد فيها مسرح، إلا إذا ثبت بالرأي.
ويؤيد ذلك ما تقدم: أن الصحابي إذا أطلق القول فيحمل على الرفع، وكل هذه الأدلة صالحة؛ لاحتجاج المذهب والهدوية ومن معهم بها، ومن ذلك ما أخرجه الدارمي بلفظ: حدثنا عبد الله بن محمد، ثنا معن، عن ابن أبي ذئيب، عن الزهري قال: ((أرى العطاس استهلالاً)).

(506/2)

وأخرج ـ أيضاً بسند حسن، عن إبراهيم قال: ((لا يورث المولود حتى يستهل، ولا يصلي عليه حتى يستهل، فإذا استهل صلي عليه، [وورث] وكملت له الدية)) ثم قال: أخبرنا عبد الله بن صالح، حدثني الليث، ثنا يونس، عن ابن شهاب، وسألناه عن السقط؟ فقال: لا يصلي عليه، ولا يصلى على مولود حتى يستهل [صارخاً] . انتهى.
ومن الأدلة المرفوعة ما أخرجه ابن حزم قال:
احتج من قلد هذا القول بالخبر الثابت عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: ((ما من مولود يولد إلا نخسه الشيطان فيستهل صارخاً من نخسة الشيطان، إلا ابن مريم وأمه..)) وذكر باقي الخبر.
وبالخبر الثابت عنه صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال: ((صياح المولود حين يقع ، فزعه من الشيطان)) .
وأخرج الدارمي: ثنا مالك بن إسماعيل، ثنا إسرائيل، عن سماك، عن عكرمة، عن ابن عباس قال: ليس من مولود إلا يستهل، واستهلاله نعض [بعصر في السنن] الشيطان بطنه فيصيح، إلا عيسى بن مريم .
قال ابن حزم: وبما روينا من طريق محمد بن إسحاق، عن يزيد بن عبد الله بن قسيط، عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: ((إذا استهل المولود ورث)) .

وأخرج الدارمي وابن حزم من طريق أبي الزبير، عن جابر بن عبد الله، عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم: ((إذا استهل المولود صلي عليه وورث ، ولا يصلى عليه حتى يستهل)) هذا لفظ ابن حزم.

(507/2)

وفي رواية له: ((والصبي إذا استهل ورث ، وصلي عليه))، وعند أبي داود، وصححه ابن حبان، عن جابر مرفوعاً: ((إذا استهل الصبي ورث)) وفي لفظ الدارمي، من طريق أبي الزبير، عن جابر بن عبد الله موقوفاً، ولفظه: ((إذا استهل الصبي ورث ، وصلي عليه)).
ومن طريق عطاء، عن جابر موقوفاً، قال: ((إذا استهل المولود صلى وورث)) وأخرج الدارمي، بلفظه من طريق ابن عباس، ومن طريق سعيد ابن المسيب عند ابن حزم، أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال: ((إذا استهل المولود وجبت ديته ، وميراثه، وصُلي عليه إن مات)).
قال ابن حبيب: وحدثنيه - أيضاً - مطرف، عن ابن أبي حازم، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم - انتهى.
وأخرج الدارمي: حدثنا يحيى بن حسان، ثنا يحيى - هو ابن حمزة - عن زيد بن واقد، عن مكحول، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: ((لا يورث المولود، حتى يستهل صارخاً إن وقع)) - انتهى.
وأخرج البيهقي، وأبو داود في سننهما، من طريق أبي هريرة مرفوعاً: ((إذا استهل الحمل ورث)) وفي إسناده محمد بن إسحاق، وفيه مقال معروف، وروينا عن ابن حبان تصحيحه.
وأخرجه أهل السنن، وابن خزيمة، وأخرج الإمام أحمد من طريق أبيه، عن سعيد بن المسيب، عن جابر بن عبد الله، والمسور بن مخرمة، قالا: ((قضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لا يرث الصبي حتى يسْتهل)) .

(508/2)

وأخرج البيهقي - أيضاً - والترمذي، وابن ماجة، بلفظ: ((إذا استهل السقط صلي عليه ، وورث)) وفي إسناده إسماعيل بن مسلم وهو ضعيف، قال الترمذي: وروي مرفوعاً، والموقوف أصح، وبه جزم النسائي، وقال الدارقطني في ((العلل)): ((لا يصح رفعه)).
وأخرجه ابن أبي شيبة، وسعيد بن منصور، عن جابر، بلفظ: ((ولا يرث الصبي حتى يستهل

صارخاً)) وعند الترمذي بلفظ: ((الطفل لا يصلى عليه، ولا يرث، ولا يورث، حتى يستهل)) وحسنه السيوطي.

والاستهلال روي فيه حديث مرفوع، ضعيف، بلفظ: ((الإستهلال: العطاس)) رواه البزار، قال ابن الأثير: استهل المولود: إذا بكي عند ولادته، وهو كناية عن ولادته حياً، وإن لم يستهل، بل وجدت صفة أماره تدل على حياته، إذ المقصود الأمر الذي تعلم به حياته.

وظاهر هذه الأدلة: أنه لا فرق في المولود، سواء كانت ولادته لأقل مدة الحمل وهي ستة أشهر بالإجماع، أم لأكثر مدة الحمل، وكل على أصله.

فالجمهور: على أن أكثره أربع سنين، واختاره الشافعي، ورجح للمذهب.

وعند أبي حنيفة: سنتان، وبه قال مالك، وربيعة في قول، والزهري في قول، وأبي هريرة: ((تسع سنين)) وقيل: ((سبع سنين)).

(509/2)

حجة الجمهور ومن معهم: قوله تعالى: {وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلاَثُونَ شَهْرًا }[الأحقاف:15] وقد قدر الله الرضاع بحولين كاملين، وولد لستة أشهر خلق كثير، منهم الضحاك بن مزاحج، وعبد الملك بن مروان حملت به أمه ستة أشهر، والحجاج بن يوسف ولد لثلاثين شهراً، ولبث محمد بن عبد الله النفس الزكية في بطن أمه أربع سنين، وكذا هرم بن حيان لبث في بطن أمه أربع سنين، ولذا سمي ((هرماً)).

وروي: أن منظور بن الريان لبث في بطن أمه أربع سنين، ومالك بن أنس حملت به أكثر من ثلاث سنين، والشافعي حملت به أمه أربع سنين، أو أقل، ذكر ذلك في ((الشفاء)) و ((أصول الأحكام)) ..إلى غير ذلك.

وقد أفتى بذلك علي عليه السلام وهو توقيف، وحجة أبي حنيفة قول عائشة: ((لا يبقى الولد في بطن أمه أكثر من سنتين)) وهو توقيف.

قلنا: فتوى علي عليه السلام أرجح، لعصمته، وسعة علمه، ولوقوع ذلك، ولا نسلم قول ربيعة ومن معه، أنه قد يقع ذلك في النادر، سلمنا فلا حكم للنادر.

(510/2)

وأما الثاني: وهو حكم ميراث غيره معه قبل انفصاله وكمية ما يترك له أن استعجل الورثة القسمة، فإنك تنظر إن لم يكن للميت وارث سوى الحمل المترقب انفصاله وقف المورث كله إلى انفصاله، كما إذا ترك أمته أو زوجته المطلقة بائنا حملاً منه، أو زوجة أبيه حاملاً، أو زوجة ابنه الميت، أو أخيه الميت حاملاً، فإذا انفصل عمل بمقتضاه، وإن كان له وارث آخر غير الحمل المترقب، فإن كان هذا الوارث ممن يسقطه الحمل إذا انفصل حياً بتقدير ذكورته أو أنوثته أو تعدده، ولا يسقطه بتقدير آخر، كما إذا ترك أمته حاملاً منه وأخاه لأبوين أو لأب، فإنه يسقطه بتقدير ذكورته، ويورث بتقدير أنوثته، فإنه لا يدفع للأخ شيء بل يوقف حتى يتضح الأمر عملاً بالأحوط، لاحتمال ذكورته، وإلا يكن هذا الوارث ممن يسقطه الحمل بتقدير من التقادير دفع إليه فرضه في الحال، إذا لا فائدة في وقفه.

كما لو خلف زوجة أبيه حاملاً، وأخاه لأمه، ففرض الأخ لأم السدس مطلقاً، سواء كان الحمل ذكراً، أو أنثى، منفرداً، أو متعدداً، فيدفع لولد الأم السدس في الحال، ويوقف الباقي.

وإن اختلف فرضه المقدر دفع إليه الأقل، لأنه المتيقن، ويوقف الباقي كما لو خلف زوجة حاملاً فقط، فتعطى الثمن، ويوقف الباقي حتى ينفصل الحمل، ويعمل بحسبه.

(511/2)

ولو خلف معها أبوين، فتقدير موت الحمل يكون المسألة أحد الغراوين السالف ذكرهما وبتقدير حياته، فإن كان ذكراً واحداً أو عدداً من الذكور أو من الذكور والإناث، فللزوجة الثمن، وللأبوين السدسان، والباقي للأولاد، وإن كان بنتاً واحدة فلها النصف، وللزوجة الثمن، وللأبوين السدسان، والباقي للأب بالتعصيب، وإن كان الحمل عدداً من الإناث، فلهن الثلثان، وللأبوين السدسان، وللزوجة الثمن، فهي ((المنبرية)) السالف ذكرها.

وهي عائلة بثمنها إلى سبعة وعشرين، فيدخل النقص على الزوجة والأبوين بواسطة العول فالأسوى في حقهم ما ذكرنا، فيدفع لكل من الزوجة والأبوين سهمه عائلاً من سبعة وعشرين، ويوقف ستة عشر إلى انفصال الحمل، ثم يصح العمل بحسبه، وإن لم يكن الوارث مع الحمل فرض مقدر، بل يرث بالعصوبة كالأولاد والأخوة والأعمام، والحمل يشاركهم في الجهة.

فإن قلنا بالأصح على قولين لأصحاب الشافعي، وهو لا ضبط الأقصى الحمل، فهذا الوارث لا يدفع إليه شيء إلى الوضع، وإن قلنا بالقول الآخر، وهو كلام الجمهور: أنه ينضبط في عدد، وطلب الورثة تعجيل القسمة، وإن كان يستحب للورثة تأخير القسمة حتى يعلم صحة الحمل، أي ما هيته، وكميته، وكيفيته، فيبني العمل على اليقين.

فإذا استعجل الورثة القسمة ترك للحمل أكثر ما يستحقه في نادر أحواله، وهو نصيب أربعة ذكور عند الجمهور، ورجح للمذهب، قالوا: وأكثر الحمل أربع نفوس، وعند الشافعي: نصيب خمسة ذكور، وبه قال الشيخ العصيفري ومن وافقهما: أن أكثر الحمل خمس نفوس.

(512/2)

وقيل: نصيب سبعة ذكور، وقيل: نصيب اثني عشر ذكراً، ذكره في ((الأعرج)) كما لو ترك ابناً وزوجة حاملاً، دفع للإبن خمس الباقي بعد الثمن للزوجة.

وكذا لو ترك أخاً لأب، وزوجة أبيه حاملاً، لأن الأسوى في حق الإبن والأخ أن يكون الحمل أربعة ذكور، أما لو ترك زوجاً وأخاً لأم وأماً حاملاً من أبيها فأسوهما أن يكون الحمل أنثى واحدة، فإن لها هنا نصيب أكثر من أربعة ذكور، لأن لها ثلاثة أثمان المال، وللأربعة الذكور سدس المال إذا أصلها من ستة، وتعول إلى ثمانية واسوى، من هذا أن يكون الحمل اثنين فصاعداً.

إذ تعول إلى تسعة، فيتعين هنا وقف أربعة أتساع، وتعطى الزوجة ثلاثة أتساع المال، وكلا من الأم وولدها تسع، ثم تنظر بعد انفصال الحمل، ويعمل بحسبه، سواء خرج حياً أو ميتاً، ذكراً أو أنثى، منفرداً أو عدداً.

والوجه لمن قال: أكثر الحمل أربع نفوس ما ذكره العصيفري في (العقد) أن أكثر أهل الشريعة يذكرون أكثر ما تحمل المرأة في بطنها أربع نفوس، قال في (الكشاف): وممن حملت أربعة أنفس أم شريك، قال: وإنما سمي بشريك، لأنه رابع أربعة في بطن واحد.

والوجه لمن قال: ((أكثر الحمل خمسة)) ما ذكره العصيفري: أن رجلاً من أهل صنعاء ساكن في شظب شهد له أن امرأته وضعت من بطن في يوم واحد خمس أنفس، قال: وشهد لي - أيضاً - على امرأة من صنعاء وضعت من بطن واحد في يوم واحد خمس أنفس.

(513/2)

ذكره في (العقد) قال: ((فعلمت أن أكثر الحمل خمسة)) وروى عن الشافعي قال: دخلت على شيخ في اليمن لا سمع منه الحديث، فجاء خمسة كهول، فسلموا عليه، وقبلوا رأسه، ثم جاء خمسة شبان، فسلموا عليه، وقبلوا رأسه، ثم جاء خمسة صبيان، فسلموا عليه، وقبلوا رأسه، فقلت: من هؤلاء؟ قال: أولادي كل خمسة منهم في بطن، وفي المهد خمسة أطفال.

وفي رواية عن الشافعي، قال: رأيت في بعض البوادي شيخاً ذا هيئة، فجلست إليه أستفيد منه، فإذا خمسة كهول، فقبلوا رأسه، ودخلوا الخيام، ثم خمسة شبان، ثم خمسة منحطين، ثم خمسة أحداث، فسألته عنهم؟

فقال: كلهم أولادي، وكل خمسة منهم في بطن، وأمهم واحدة، وخمسة أُخر في المهد، قال: فعلمت أن أكثر الحمل خمسة.

والذي ينبغي اعتماده أن الحمل لا ينحصر في عدد معلوم، لما عرفت، ولما ذكر الماوردي عن بعض أهل الفضل والدين، أن امرأة في اليمن وضعت سبعة أولاد ذكوراً، وعاشوا جميعاً.

حكى أبو الهيثم في (فصوله): ((أن امرأة وضعت اثنا عشر صبياً)) قال بعض العلماء: ((وبلغنا في سنتي نيف وثلاثة وثمان مائه سنة: أن امرأة من أرض الطيالة من القاهرة وضعت كيساً فيه ستة عشر ولداً، وماتوا في يومهم)).

وروى القاضي حسين: ((أن امرأة لبعض السلاطين ببغداد وضعت أربعين ولداً، كل واحد منهم مثل الإصبع فكبروا وركبوا فرساناً مع أبيهم)).

وقال العامري عن بعض مشائخه: ((أن امرأة وضعت كيساً في ليل، فلما رأت كبره على خلاف ما تعتاد خرجت وتركته، فلما كان النهار خرجت لتنظره، فإذا فيه أربعين ولداً، وهم يتهاوشون فسموا بني الهراش، وعاش أكثرهم)) . انتهى.

(514/2)

ومما يؤيد ذلك وقدرته الباهرة، ما رواه القاضي العلامة أحمد بن صالح بن أبي الرجال من علماء صنعاء وسكانها في ترجمة جده الحسن بن يحيى، قال بعد كلام طويل: ((وقع على زوجته لعله ثالث العيد، فحملت، فولدت أربعين ولداً ذكوراً في كيس واحد، ففرقهم في مدينة صنعاء، فعاشوا جميعاً ما مات أحد منهم، حتى ركبوا الخيل والدواب، وما مات أبوهم الحسن إلا وقد ولد لكل واحد خمسة بنين، فسمي لهذا بأبي الرجال)) . انتهى من مطلع البدور، إلى غير ذلك.

هذا وأنت خبير إذا مدت النظر لم تجد للقول بانحصار الحمل في عدد مستنداً الاعدم الوجدان، وهو لا يدل على عدم الوجود، كيف وقد نقل العلماء هذه الروايات بوجود الأعداد المتقاربة المقادير.

فهذا يدل على الوجود، وغالبها إلى نفسين وما زاد عليهما من النادر ولا حد له، وإلا فمن المعلوم أن كلما ذكر، وما لم يذكر، وما لا يخطر على قلب بشر، ممكن في جنب قدرة الله

الواحد القهار: {وَرَبُّكَ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ وَيَخْتَارُ }[القصص: 68] فسبحان العالم بما تغيض الأرحام، وما تزداد، وكل شيء عنده بمقدار.

(515/2)

باب المفقود

وهو من غاب عن وطنه وأهله، وطالت غربته، وانقطع خبره، وجهل حاله فلا يُدْرَى أحي هو؟ أم ميت؟ سواء كان سبب ذلك للتجارة، أو للحج، أو لكسب المعيشة، أو للسياحة، أو للجهاد، أو لغير ذلك، في البر، أو البحر، ولا يعلم، ولا يظن في أي جهة هو.

وفي معناه: الأسير الذي انقطع خبره عند الجماهير، والنظر في أحكامه تقع في إرث المفقود من مفقود وغيره، وتوريث الحاضر من المفقود، وميراث المفقود من الحاضرين، وميراث غيره معه من الورثة الحاضرين من تركة الميت الحاضر.

أما الأول والثاني فكتوريث الغرقى والهدما، الذي عرفته سابقاً، وذلك إذا علم موتهم يقيناً ولم يعلم أيهم مات أولاً، إذْ لو علم ذلك ورثنا الآخر من الأول موتاً، قاله الجمهور، ولا بد مع ذلك أن يكونوا متوارثين فيما بينهم ولهم ورثة حاضرون حين الحكم بموتهم، فميراث كل منهم لورثته الأحياء، لتيقن شرط إرثهم دون المفقودين المتيقن موتهم، إذ لا نورث إلا من وجد منهم فيه شرطه، وهو تيقن وجوده حياً حين الحكم بموت المورث، والمفروض أنه لم يعرف ذلك.

وإلا يكن لهم ورثة أحياء، فلا معنى لتوريث المفقودين بعضهم من بعض، لأن جميع ميراثهم يصرف لبيت المال، فإن كان لبعضهم ورثة أحياء دون بعض فلهم ميراث مورثهم، ويصرف ميراث من لا وارث له إلى بيت المال، وهذا الحكم لا يختص بالمفقودين، بل لو جهل ترتيب موت الحاضرين المتوارثين لسبب من الأسباب ثبت هذا الحكم على ما ذكره الشيخ العصيفري لأهل المذهب.

(516/2)

وأما إذا لم يصح موت المفقودين، فحكمهم حكم الأحياء، إلى أن يثبت موتهم بالبينة العادلة، أو الأخبار المتواترة عند الجمهور، وعند أهل المذهب، وكثير من أرباب المذاهب، والعلماء، لابد من البينة مع الحكم بموتهم جميعاً، أو ردّتهم معاً، أو موت بعضهم، وردت بعضهم مع اللحوق، ويعمل بحسب الحكم، وينزل الحكم منزلة موت الغائب فيرث منه من كان موجوداً

من ورثته وقت الحكم، دون من مات قبله ولو بلحظة، أو حدث بعد الحكم، أو كان موجوداً حال الحكم، ولكنه حصل فيه مانع كردة، ونحوها.

قال السبكي: وهذا كله إذا أطلق القاضي الحكم، أما إذا عينه من مدة سابقة باعتبار ما صح له من الأمور المعتبرة، فيرث من كان موجوداً من ورثته في الزمن السابق المعين، ولو قدْ مات في تاريخ الحكم فلورثته، ولا خلاف، هذا ما قضته النصوص عند الأئمة، وأرباب المذاهب.

وأما ما ذكره الإمام المهدي في (البحر) والشيخ العصيفري في (المفتاح) وغيره: أنه إذا لم يصح موتهم، فحكمهم حكم الأحياء إلى انتهاء المدة المقدرة التي لا تزيد أعمار أهل العصر عليها، وهي مائة وعشرون سنة من مولده عند القاسم، والهادي.

ورجحه للمذهب مع غلبة الظن، ونسبه في (الجامع الكافي) إلى أبي حنيفة وأصحابه، وعند المؤيد بالله: مائة وخمسون سنة، ويعتبر الظن هو والهادوية بعد مضي المدة، وما حكاه المذاكرون: أنهم لا يعتبرون الظن فلا أصل له رأساً.

(517/2)

وقال الباقر، والأوزاعي، ومالك، والشافعي وهو يروي عن عمر، وعثمان بن عفان، وابن عباس، وقواه الفلكي: أنه ينتظر أربع سنين من وقت الغيبة وفي (شرح الإبانة): الأربع من يوم ترافعوا إلى الحاكم، ثم تعتد نساؤه عدة الوفاة، ويقسم ماله، وقيل: بسبعين سنة من مولده، وهو قول مالك، وأبي القاسم، وأشهب.

وقيل: بخمس وسبعين سنة مولده، وبه أفتى ابن عتاب، من المالكية قالوا: وبه القضاء، وقيل: بثمانين سنة من مولده، ونقل عن مالك، وفي رواية لأبي حنيفة: أنها تقدر به بتسعين سنة من مولده .. إلى غير ذلك.

وفرق الإمام أحمد بين من يرجي رجوعه، بأن كان على سفر السلامة كالنزه، والتجارة، فيوقف ماله، وينتظر من تمام تسعين سنة من مولده، وإن كان لا يرجى رجوعه، بأن كان الغالب على سفره الهلاك، كما إذا كان في سفينة فانكسرت، أو في معركة، ولم يعلم من هلك ممن نجى، فإذا مضت أربع سنوات قسم ماله بين ورثته من حينئذ، فكل هذه الأقوال ليس عليها أدلة.

وقرر المحقق الجلال: توقيف توريث المفقود وعدمه حتى يتبين، وذكر في (المنار) على قوله: حتى يمضي عمره الطبيعي مائة وعشرون سنة، هذه بيضة من كفران الطبيعين تلقاها المصنف ومن وافقه بدون رويّة.

قال الطبايعية: طبيعة هذه البينة أن تستمر مائة وعشرون سنة، ولا يموت الميت قبل ذلك إلا

لتعارض ..)) إلى أن قال: وهذه من أمثلة ما ذكرنا في العلم الشامخ من دخول مفسدة الفلسفة على أهل الفنون كلهم. انتهى.

(518/2)

والصحيح: أن ذلك موضع اجتهاد يختلف باختلاف الأزمان والبلدان، فيعتبر الظن به، وبه قال الإمام يحيى بن حمزة، والجمهور، فمتى غلب في ظن الحاكم، أو الوارث، أو الزوجة موته إما بالأخبار المتواترة، أو بالنظر إلى أعمار أهل زمان الغائب ومكانه، مع العلم بتاريخ ولادته، حكم به كما يحكم بالبينة العادلة، والأخبار المتواترة، وليس من شرط الخبر أن يأتوا بلفظ الشهادة، إلا مع طلب الحكم اعتبر لفظها.

وأما الثالث: فإن لم يكن للميت وارث إلا المفقود ترك المال حتى يصح خبره، ولا يصرف منه شيء إلى ورثته إن كانوا، إلا نفقه زوجته ومن في حكمها من أقاربه بحكم الحاكم، كل ذلك إلى أن يصح خبره، ولا إلى بيت المال إن لم يكونوا إلى إن يتبين كان حياً عند موت الحاضر أو ميتاً، فيعمل بمقتضاه شرعاً.

وإن كان للميت الحاضر وارث غير المفقود يرث معه دفعنا إليه نصيبه على تقدير حياة المفقود، وترك للمفقود نصيبه من مال الميت الحاضر، حتى يصح خبره فيعمل بمقتضاه.

وأما الرابع: فعند الجمهور: إن كل وارث من الحاضرين يعطي أقل النصيبين إن كان يختلف نصيبه بموت المفقود أو حياته، ومن لا يختلف نصيبه يعطاه في الحال كاملاً، ومن كان يرث بتقدير دون تقدير لا يعطى شيئاً ولا يعطى لورثة المفقود شيئاً، لاحتمال حياته، عملاً باليقين في الكل.

ويوقف الباقي إلى أن يظهر حاله كما تقدم في الحمل، أو يحكم قاض بموته اجتهاداً، وعند الشافعي - وقيل لأصحاب الشافعي - أن يعاملوا بالأضر من تقدير حياته أو موته، إلى أن يظهر حاله من موت أو حياة كاللبس.

(519/2)

وقيل: تقدير حياة المفقود في حق غيره من الورثة، لأن حياته هي الأصل.

وقيل: يقدر موته، لأن استحقاق الحاضر معلوم، واستحقاق المفقود مشكوك فيه، فعلى الأول لو خلف الميت أخاً لأب حاضراً وابناً مفقوداً، فالأضر في حق الأخ حياة الإبن، فلا يدفع إليه

شيء، بل يوقف جميع المال، ولو كان المفقود أخ لأب آخر دفع للحاضر نصف المال، لأنه يشاركه.

ولو خلف الميت بنتين، وبنت ابن، وابن ابن مفقود، فللبنتين الثلثان، ولا شيء لبنت الإبن، إلا إذا قدرنا حياة المفقود ليعصبها في الباقي، فالأضر لبنت الإبن عدم حياة المفقود، فلا تعطى شيئاً معاملة بالأضر.

ولو خلفت المرأة زوجاً، وأختين لأبوين أو لأب حاضرين، وأخاً لأبوين أو لأب مفقود، فللزوج النصف، ثم إن قدرنا حياة المفقود عصب أختيه، وتصح المسألة من ثمانية، وإن قدرنا وفاته فلهن الثلثان، وتصح المسألة من سبعة بعد العول.

فالأضر للزوج تقدير وفاة المفقود، فيعطى ثلاثة سهام من مسألة العول، والأضر على الأختين تقدير حياته، فتعطى كل واحدة الثمن .. إلى غير ذلك.

هذا ما يتعلق بالفقه، والعمل الحسابي، أن تعمل لكل تقدير مسألة على أن الحاضر مات قبل موت الغائب، وترك ورثته الحاضرين والغائبين، ومسألة على أن الحاضر مات بعد موت الغائب، ثم تنظر فيهما بعلل الرؤوس المذكورة، فأي ذلك كان عملت بحسبه فما صح، فمنه تصح المسألة الجامعة.

(520/2)

فإن كان للمفقود ورثة حاضرين زدت عليهما مسألة، على أن الغائب مات بعد موت الحاضر، وتنظر إلى المسألتين الآخرتين بعلل الرؤوس، فأي ذلك عملت بحسبه، ثم فيما صحت منه الأولى فما حصل فهو المال، وتقسم على كل مسألة، واعرف جزء سهمها وهو الخارج من القسمة، واضربه في سهام كل وارث من تلك المسألة، فما حصل لكل وارث في كل مسألة فهو نصيبه منها، ومن حرم في بعضها لم يدفع إليه شيء، لأنه الأضر في حقه ومن ورث في جميعها على السواء دفع إليه ذلك النصيب، ومن تفاوت نصيبه باختلاف التقارير دفع إليه الأقل، لأنه الأصل في حقه، ووقفت الباقي حتى يظهر الحال.

نحو: أن يموت الرجل وله ابن مفقود، ولكل واحد منهما بنت، فعلى الأولى: المسألة من ثلاثة، وعلى الثانية: من أربعة بعد الرد، وعلى الثالثة: من اثنين، وهي نصف الأربعة مضروبة في الثلاثة، يكون المال اثني عشر، للإبن منها ثمانية موقوفة للمفقود حتى يصح خبره، فيعمل بمقتضاه في حقه وحق غيره من الورثة، فإن عاد استحقها، وإن مات بعد موت الحاضر فلبنته منها أربعة، ولأخته أربعة إلى أربعة معها من قبل يتم لها ثمانية، وإن مات قبل موت الحاضر

رددت للبنت منها خمسة إلى أربعة من أبيها يكون تسعة، ولبنت الإبن منها ثلاثة، يصح للبنت ستة بالفرض وثلاثة بالرد، ولبنت الإبن اثنان بالفرض وواحد بالرد، ولا يتضح أمره، فالمتروك له من مؤرثه الحاضر يضم إلى ماله غير الموروث عمه من الحاضر إن كان له مال، ويقسم على ورثته الأحياء فقط عند حصول البينة العادلة بموته، أو ردته مع اللحوق، أو الخبر المتواتر، أو ما اجتهد فيه الحاكم.

هذا إذا كان في المسألة غائب واحد، وأما إذا كان في الورثة غائبان أو أكثر عملت أربع مسائل، مسألة للحاضرين والغائبين، ومسألة للحاضرين وأحد الغائبين، ومسألة للحاضرين والغائب الآخر، ومسألة للحاضرين فقط، وتنظر إلى الأربع المسائل بأحكام علل الرؤوس.

هذا إذا لم يكن للغائبين ورثة، وإلا زدت للغائبين مسألتين لكل منهما، مسألة على ورثته الحاضرين وتأخذ وفقهما لتركتهما أو جميعها أو وفق واحدة وواحدة بكمالها، وتنظر إلى ما أخذت وإلى مسائل الحاضر الأخيرة، وتعمل بمقتضى أحكام الرؤوس، ثم تضرب ما حصل في مسألة الحاضر الأول:

مثال ذلك: لو خلف الميت بنتاً، وأماً، وزوجة حاضرين، وأخاً وبنتاً غائبين، وللبنت الغائبة أم، وأخوين لأم، وأختها الحاضرة، وللأخ بنت وبنت ابن وأم. تصح مسألتهم من أحد عشر ألفاً وخمسمائة وعشرين، وحالها أربعمائة وثمانون، لأن معك ست مسائل، أربع للحاضر، وثنتان للغائب.

فعلى أن الحاضر مات قبل موت الغائبين وترك ورثته الحاضرين والغائبين المسألة من أربع وعشرين، فيصح للبنت الغائبة ثمانية، وللأخ واحد.

وعلى أن الحاضر مات بعد موت أحد الغائبين، وهي البنت مثلاً، وترك بنتاً، وأماً، وزوجة، وأخاً، المسألة من أربعة وعشرين، صح للغائب خمسة سهام.

وعلى أن الحاضر مات بعد موت أحد الغائبين وهو الأخ، وترك ابنتين وأماً وزوجة، تصح مسألة المردود عليهم ومسألة الزوجة من أربعين، صح للغائبة أربعة عشر.

وعلى أن الحاضر مات بعد موت الغائبين، وترك زوجة، وأماً، وبنتاً، تصح مسألة المردود عليهم ومسألة الزوجة من أربعين، صح للغائبة أربعة عشر، وعلى أن الحاضر مات بعد موت الغائبين، وترك زوجة، وأما، وبنتاً، تصح مسألة المردود عليهم ومسألة الزوجة من اثنين وثلاثين.

فهذه أربع مسائل، فتزيد للغائبين مسألتين، فمسألة ورثه البنت من ستة وفي يدها من المسائل مرة أربعة عشر ومرة ثمانية، الجميع اثنان وعشرون فالتركة توافق المسألة بالأنصاف فتأخذ وفقها، وهي ثلاثة.

ومسألة ورثة الأخ الغائب من خمسة بعد الرد، وفي يده من المسائل مرة واحدة ومرة خمسة، الجميع ستة، وهي تباين مسألته فتأخذ جميع المسائل، فمعك مسائل الحاضر الأخيرة ثلاث، وهي: أربعة وعشرون، وأربعون، واثنان وثلاثون، ومسألتان للغائبين واحدة من ستة، وواحدة من خمسة، ووفق الست التي أخذته وهي ثلاثة تدخل في أربعة وعشرين، والخمسة تدخل في الأربعين، فتعمل في الأربعين، والاثنين والثلاثين، والأربعة والعشرين بأحكام الرؤوس.

وذلك بطريقة الدعوى، والشاهدين، يبلغ الحال أربعمائة وثمانون، تضربه في المسألة الأولى من مسائل الحاضرين وهي أربعة وعشرون، يبلغ المال أحد عشر ألفاً وخمسمائة وعشرين، وهذه جملة المال.

فإذا قسمت ذلك على ورثة الحاضر الحاضرين والغائبين، كان للبنتين الثلثان سبعة آلاف وستمائة وثمانين، لكل بنت ثلاثة آلاف وثمانمائة وأربعين، وتعطى الزوجة الثمن ألفا وأربعمائة وأربعين، والأم السدس ألفاً وتسعمائة وعشرين، والباقي للأخ أربعمائة وثمانون، فتحفظ ما أتى للبنت وما أتى للأخ مع مالهما.

(523/2)

فإن صح موتهما بعد موت من ورثا ذلك منه، قسمت ما في يد كل واحد على ورثته، وإن صح قبله قسمته بين الأم والبنت أرباعاً، وأما الزوجة فقد أخذت ثمن المال، وإن صح أن الحاضر مات بعد موت أحد الغائبين وهي البنت مثلاً، قسمت ما تركته البنت بين البنت الحاضرة والأخ، ولا شيء للأم والزوجة، فللبنت النصف واستوفت على نصف المال، وللأخ الباقي واستوفى سدس المال، وإن صح أن الحاضر مات بعد موت الأخ قسمت ما تركت له بين البنتين والأم أخماساً. انتهى. والله أعلم.

وقس على ذلك ما ورد عليك من مسائل هذا المقام، مراعياً لشرائط أحكامه المذكورة.

وظاهر كلام أهل المذهب: أن مال المفقود قبل حصول ما ذكرنا يحفظ بنظر الحاكم، حتى

يتحقق موته، فيصير لورثته، أو يرجع فيصير له.
والذي اختاره الإمام المتوكل إسماعيل بن القاسم: أن ماله يصير إلى من يرثه حال أن فقد، وإن فقد أنه ينزل منزلة موته، فإن رجع أو صح موته في وقت معلوم كان له أو لورثته، واختاره صارم الدين إبراهيم بن محمد الوزير، ولا بأس أن يوثق الحاكم بأوراق له إذا رجع كان له أو يتحقق موته عمل بحسبه.
ونقل عن المؤيد بالله محمد بن القاسم: أن الحاكم إذا ظن أن الغيبة منقطعة قسم تركته بين ورثته حسب الميراث، وينتفعون بالغلات ونحوها، ويمنعهم من تفويت شيء من الأعيان حتى يصح أمره ويجوز هذا فإن قلت الغيبة، ورجح الشامي بقاءه بنظر ورثته، وتجوز قسمته بينهم على الفرائض الشرعية، معوشة مع حفظ الرقبة وإقامتها وعدم تفويتها.

(524/2)

ورجح كلام المتوكل على الله إسماعيل جماعة من العلماء لا بأس به بنظر الحاكم أو من يصلح لذلك، لينتفعون بالغلة، ويمتنعون من تفويت شيء من الأعيان، لأن حبس مال الغيب إضاعة للمال، وجعله بيد الغير أو بيد أحدهم يؤدي إلى المشقة بحفظ غلاته، سيما مع طول المدة، ولما يؤدي إلى الشجار وإحرام بعض الورثة.
ولا يخرج شيء من أموالهم، إلا نفقه الزوجة فأكثر، وأبويه، وأقاربه اللازم النفقة لهم على الغائب، وإذا لم تكف الغلات فيباع من المال بنظر الحاكم بقدر الحاجة من دون إسراف. والله أعلم.

(525/2)

باب الدِعوة

بكسر الدال، وهو الولد الذي يدعيه الشركاء في ملك الأمة، حتى لا يتميز أحدهما عن الآخر بوجه من الوجوه تسميه بالمصدر.
والكلام في ميراثه من الشركاء وميراثهم منه إذا دعوه جميعاً حين العلم به في مجلس واحد، وللغائب عن دعوة شريكه مجلس بلوغ الخبر، وللمجنون مجلس الإفاقة، ولا يحتاج إلى مصادقة الشريك، لأنه لا يجري مجرى العتق ووطؤها جميعاً في طُهر واحد، وكل منهما مالك ولم يعلم الثاني بوطء الأول والعلوق والدعوة.

فإن علم حد؛ لأنه زان وفي طُهرين يلحقا بالآخر، وأتت به لستة أشهر فما فوقهما من يوم إمكان الوطء، وكانوا جميعاً أحراراً مسلمين معاً، أو كافرين معاً، وهو بينهم على عدد الرؤوس لا على قدر الحصص في الأمة، لأن النسب لا يتبعض فيصير ولداً لكل واحد منهما يرث من كل أب ميراث ابن كامل، ويرثه المدعون بمنزلة أب واحد إذا اجتمعوا، وإلا كان للآخر منهما، وإذا مات الآخر منهم، ثم مات المدعي بعده ورثه أولادهم جميعاً: {لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنثَيَيْنِ} [النساء: 11].

وإن أمهاتهم جداته، وآبائهم أجداده، وإن أولادهم أخوته لأبيه، ويثبت له أحكام الميراث من: الحجب، والإسقاط، و التعصيب، والمشاركة، وما قيل: إنه ليس إلا من وطء أحدهم، لكن لم يعرف فكانوا فيه على سوى نظره؛ لأنه خلق من مائهم جميعاً، لأنه ألحق بهم للإلتباس، وإلى ما ذكرنا في هذا الباب هو مذهب العترة، وأبو حنيفة، وأصحابه.

(526/2)

واحتجوا بما تقدم للإمام عليه السلام في (باب القضاء) عن علي عليه السلام في جارية بين رجلين وطياها جميعاً، فولدت ابنا، قال: هو بينهما جميعاً، ويرثهما ويرثانه، وهو للباقي منهما. قال المؤلف ـ رضي الله عنه ـ على هذا الخبر ما لفظه: أخرج البيهقي من طريق ابن المبارك، قال: حدثنا سفيان، عن قابوس، عن أبي ظبيان، عن علي عليه السلام قال: أتاه رجلان وقعا على امرأة في طُهر، قال: ((الولد بينكما، وهو للباقي منكما)) وفيه دليل على إمكان الخلقه من ماء الرجلين، فيصير ابنا لهما، وهو مذهب العترة، وأبي حنيفة وأصحابه.

قال في (المنهاج): يريد ـ عليه السلام ـ يعني بقوله: يرثهما ويرثانه إذا مات هذا الولد، ولم يترك إلا أحد أبويه، وأخاً له من الأب الآخر، فإن ميراثه لأبيه فقط، فإن مات الأب وترك هذا الإبن وابناً آخر، فإن الميراث بينهما ا.هـ.

وفيه حجة لما ذكر أهل الفرائض في ولد الدعوة، أنه يرثه المدعي بمنزلة أب واحد إذا اجتمعوا، وإلا كان للآخر منهم، وأنه بمنزلة الابن الكامل، وأن أمهاتهم جداته، وأولادهم أخوته لأبيه.

قالوا: ولا بد مع ذلك من أنه يطأ والجارية في طُهر واحد وكل منهم مالك ويدعوا الولد في وقت واحد، وفي هذا الشرط وإن يأتي لستة أشهر فما فوقها من يوم.

واختلفوا إذا كان أحدهما حر، والآخر مملوكاً، أو أحدهما مسلماً، والآخر كافراً على أقوال مدونة في كتب الفقه والفرائض.

(527/2)

قلت: ومن حججهم ما أخرجه ابن حزم، من طريق سماك بن حرب ـ مولى بني مخزم ـ وقال: واقع رجلان جارية في طُهر واحد، فجاءت بولد فادعياه ولم يدر من أيهما؟ فأتيا عمر، فقال: ما أدري ما أحكم بينكما، فأتيا علياً ـ صلوات الله عليه ـ فقال: ((هو بينكما يرثكما وترثانه، وهو للثاني منكما)) ـ انتهى.

ولفظ (الجامع الكافي): ولو ادعياه جميعاً معاً لزمهما الولد، وكان ابنهما يرثهما ويرثانه، ويرث كل واحد منهما بمنزلة الابن الكامل، وإن مات أحدهما فالباقي منهما وارثه، وهو للباقي منهما ـ انتهى.

قال المؤلف ـ رضي الله عنه ـ في شرح حديث (المجموع) المذكور في (باب القضاء): وذهب عطاء، ومالك، والشافعي، والأوزاعي، وأحمد بن حنبل، إلى أنه لا يلحق بواحد فيرجع إلى القافة، وهم قوم يعرفون الآثار والمشابهة، إذ هي طريق شرعي، لاستبشاره صلى الله عليه وآله وسلم بقوله الدلجي في أسامة، وزيد، لما استترا بثوب لم تبد منه إلا أرجلهما: ((هذه الأقدام بعضها من بعض)) وكان زيد شديد البياض، وولده شديد السواد، وأصل الحديث المتفق عليه من طريق عائشة.

ولما أخرجه مالك، والشافعي، والبيهقي، من حديث يحيى بن عبد الرحمن بن حاطب، أن رجلين تداعيا ولداً، فدعا عمر له القافة، فقال [فقالوا في سنن البيهقي]: لقد اشتركا فيه، فقال له عمر: إلى [وال في السنن] أيهما شئت وفي رواية: ((فتبع الغلام أحدهما)).

وقد عمل بالقافة ـ أيضاً ـ أنس بن مالك، وأبو موسى الأشعري، ذكره البيهقي ، وقال ـ أيضاً ـ : ويذكر عن ابن عباس ما دل على أنه أخذ بقول القافة .

(528/2)

وأجيب عن ذلك: بأن ما وقع من القائف في حق أسامة وزيد لم يكن وارد في محل النزاع، لأن أسامة كان لاحقاً بزيد من غير منازع له فيه، وإنما كان الكفار يطعنون في نسب المتباين لونه ولون أبيه في السواد والبياض، فكان في قول القائف إبطال لطعنهم؛ بسبب اعترافهم بحكم القافة وإبطال طعنهم حكم فلم يسر النبي صلى الله عليه وآله وسلم إلا بحق، وعن حديث عمر بأنه اجتهاد.

ومع ذلك فقد روي عن سعيد بن منصور، قال: نا سفيان عن سعيد بن سليمان بن بشار، عن

عمر، في امرأة وطيها رجلان في طهر، فقال القايف: اشتركا فيه جميعاً، فجعله بينهما . انتهى.
وأمهاتهم جداته، فيكون لهن وللجدة أم الأم السدس بينهن بالسوية، والباقي للعصبة، ما لم يستغرق المسألة، فإن بقي ولاء عصبته فرد عليهن حيث لا سواهن، فإن معهن من ذوي السهام فرد على السهام، بخلاف ما لو ترك ثلاث عمات من قبل أحد آبائه وعمه من قبل أحدهم فالمال بينهن نصفان، لأن ذوي الأرحام يرفعون إلى أسبابهم، فكأنه مات عن أبوين فيعطي نصيب كل أب إلى من رفع إليه.
وأولادهم أخوته لأبيه فلهم ميراث الأخوة لأب، ويسقطهم من يسقط الأخوة لأب، وهم الإبن، وابن الإبن وإن نزل، وبآبائه أو الباقي منهم، وأما أجداده فيقاسمون الأخوة، ما لم تنقصهم المقاسمة عن السدس ..إلى آخر ما تقدم، هذا إذا لزمهما معاً، فإن ادَّعياه جميعاً في وقتين فهو للأول منهما.
قال محمد بن منصور في (الجامع الكافي): ويضمن لشريكه نصف قيمتها يوم علقت منه، ونصف عقرها، ونصف قيمة الولد على قول زيد بن علي، والشعبي، وابن أبي ليلى، وحسن بن صالح.

(529/2)

وقال أبو حنيفة، وأصحابه: ((ولا يضمن نصف قيمة الولد، لأنه وقع في الرحم وهو حر، لأنه يملك بعض الأم ولا قيمة لحُرّ..))
إلى أن قال: ((وإذا ادَّعاه ثلاثة رجال ولداً، فقد اختلف في ذلك، قال بعضهم: لا يلحق نسب الولد فأكثر من اثنين، لأن الخبر إنما جاء عن علي في الأثنين، قلنا: تعدى ذلك إلى غيره، وقال قوم: يلحق بالثلاثة، ولا فرق بين الإثنين والثلاثة وأكثر من ذلك)) . انتهى.
هذا واعلم: أن المدعي قد يرث من جهتين يسقط نفسه بنفسه، ويعصب نفسه بنفسه، ويحجب نفسه بنفسه، كرجل وابنه وطئاً جارية مشتركة بينهما فجاءت ببنت، فادعياها جميعاً بمجلس العلم بالولادة، فإنه يثبت نسبها منهما، حيث لا مرجح لإلحاقها بإحداهما.
فتقدر لو مات الأب أولاً كان متروكه للإبن والبنت المدّعاة: {لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنثَيَيْنِ }[النساء: 11] أثلاثاً بالتعصيب، ثم مات الإبن فلمدّعاه النصف بالبنوة، والباقي بالتعصيب، لأنها أخته لأبيه فتعصب نفسها بنفسها.
ومثال الحجب: أن تقدر أن الأب مات بعد موت ابنه، فلها النصف بالبنوة، ولها السدس تكملة الثلثين، لأنها ابنة ابن، وحجبت نفسها بنفسها من النصف إلى السُّدس.

ولعل خلاف من لا يورث إلا بأقوى القرابتين يأتي هنا. والله اعلم. والباقي هو الثلث لأقرب عصبة أو رد عليها حيث لا عصبة.

(530/2)

وقد يرث من ثلاث جهات: كرجل، وابنه، وابن ابنه وطئا جارية مشتركة بينهم فجاءت ببنت فادعوها معاً، فمات الأب بعد موت ابنه وابن ابنه، وخلف هذه البنت، وابن ابن معها فلها النصف، لكونها بنتاً، والسدس لكونها بنت ابن تكملة الثلثين، وثلث الباقي تعصيباً مع ابن ابن الإبن، وتصح المسألة من ثمانية عشر: للبنت أربعة عشر، ولإبن ابن الإبن أربعة.

(تنبيه): لو كان مُدّعى بين خمسة وأحد آبائه مُدّعى بين خمسة، ومات أجداده الذين ادعوا بابن، وترك. أيضاً. من قبل آبائه الأربعة أربعة من قبل كل أب جدّ، فالمال بينهم أتساعاً، لأنهم ورثوا بأنفسهم.

فإن ترك أختاً من أحد آبائه، وأخاً من أحدهما عصّبها، وإن كان أجنبياً منها، لأنهما بالنظر إلى الميت أخوة، قال تعالى: {وَلَهُ أَخٌ }[النساء:12] فأضاف الأخ إليه، ويكون بينهما أثلاثاً، وهو المختار، قاله الجمهور، ورجحه المذاكرون للمذهب، ويورد في مسائل المعاياة ابن أجنبي عصب أجنبية، فيجاب بهذا.

وقال السيد، والقاضي جعفر: نصفين، وضعفه الفقيه يوسف، وادّعاه صاحب (الوسيط) أنه غلط، لأن الاعتبار بالميت، قال تعالى: {وَلَهُ أَخٌ }[النساء:12] فأضاف الأخ إليه، وقس على ذلك مسائل هذا الباب.

(531/2)

وله مزايا، وشروط، وأحكام، وفروع، مبسوطة في مطولات هذا الفن ليس من هذا الباب، إذا اختلف المدعيان أو أكثر بأن كان أحدهما مسلماً، والآخر كافراً كان للمسلم، وإن كان أحدهما حراً والآخر مملوكاً كان للحر، فإن كان أحدهما عبداً مسلماً والآخر حراً كافراً فصاحب ((الوافي)) والمنصور بالله، وأبو طالب جعلوه للعبد المسلم، ورجحه المذاكرون للمذهب، والمؤيد بالله للحر الكافر، لئلا تكون عليه غضاضة في ملك أبيه، وليستفيد ولاية أبيه والموارثة والإسلام موقوف على اختياره، وحرية العبد على اختيار المولى، ولا يخالف صاحب الوافي المؤيد بالله إذا كانت الأمة مسلمة، أنه يلحق بالحر الذمي، لأنه قد حصل له

الإسلام بإسلام أمه.

إذا عرفت ما ذكرنا فاعلم: أن الأجداد في هذا الباب وإن كثروا لا يصيرون بمنزلة جد واحد، كما قلنا في الآباء: أنهم بمنزلة أب كامل، بل لا يزالون مقاسمين للأخوة حتى يصير عدد الأخوة بعدد الأجداد خمس مرات أو أكثر، فيكون المال بينهم على سواء، لأن كل واحد أخ كامل وجد كامل.

والوجه في ذلك: أن الجد من قبل أحد الآباء لا يقصر عن الأخ الذي من قبل ذلك الأب، فلا تزال المقاسمة بينهم حتى تصير الأخوة بعدد الأجداد خمس مرات، فحينئذ تسوي المقاسمة كما قلنا، وأخذ السدس، فإن زاد الأخوة على ما ذكرنا رد الأجداد إلى السدس.

نحو: أن يترك خمسة أجداد، وأربعة وعشرين أخاً، أو اقل، فالمال بينهم على عدد الرؤوس، وتستوي - أي المقاسمة - في خمسة وعشرين أخاً، وخمسة أجداد، فيكون للأجداد السدس من ثلاثين، لأن عدد الأخوة مثل عدد الأجداد خمس مرات.

(532/2)

لما تقدم من الأدلة في (باب الأجداد): أن الجد يقاسم الخمسة الأخوة.

وهكذا مع كثرة الأجداد أو قلتهم، لابد من مقابلة كل جد بخمسة أخوة، فعند ذلك يستوي المقاسمة وأخذ السُّدس.

فإن خلف: ستة وعشرين أخاً، وخمسة أجداد، أو أربعة، أو ثلاثة، كان لهم السدس، والباقي للأخوة، وعند ذلك يكونون بمنزلته جد واحد، وهذا عند الجمهور ومن تقدم.

وعند أبي بكر، وعمر، ومن تقدم ذكره في (باب الجد): أن الجد يقاسم الأخوة، ما لم تنقصه المقاسمة عن الثلث، ففي هذا المثال تكون المقاسمة إلى أن يصير عدد الأخوة عشرة، وتستوي المقاسمة وأخذ السدس في عشرة أخوة، فإن زاد الأخوة فللأجداد الثلث، وقس على ذلك، وقد أشرنا في (باب الجد) إلى ما ذكرنا هنا - والله اعلم.

ومن مسائل المعاياة في هذا الباب:

أن يقال: إن رجل زوَّج أمّه، وثلاث أخوات من النسب بعقد واحد لرجل واحد.

فيجابُ: بأن المزوج مدعي بين أربعة، ثم إنهم أعتقوها، ولكل من الثلاثة الآباء بنت، ثم أن المدعي زوج أمّه وخواته الثلاث من آبائه الثلاثة رجلاً بعقد واحد، وصح ذلك؛ لأن كل واحدة أجنبية عن الأخرى، ولو زوج أباه الرابع بهذا العقد لصح، وقد ذكر معناه في ((الغيث)). والله أعلم.

والحمد لله على بلوغ الآمال، وما منحه من بلوغ التمام والكمال، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله خير آل، وبتمام هذا الباب، تم الكلام على فرائض الورثة ومواريثهم، وأعمال مسائلهم، وما يتعلق بكل ذلك، وبيان أقوال علماء الفقه في ذلك، وسرد حججهم، وتحقيق المقام بما تسر به الأنفس الزكية.

(533/2)

(تنبيه): جملة ما في (كتاب الفرائض) من الأحاديث النبوية: (حديث واحد) وجملة الأخبار العلوية: (ستة وثلاثين خبراً) وجملة الأبواب: (ستة عشر باباً) مع ما ذكرنا منها لتعلقها بـ(كتاب الفرائض) لكثرة وقوعها. والله أعلم.

ثم ألحق الإمام عليه السلام ما ثبت من الإستقراء من موارد الشريعة ما يتعلق بعين تركة الميت التي هي موضوع هذا الفن، وثمرته المقصودة بالذات من معرفة هذا الفن، وغايته، ونتيجة مقدماته.

وذلك هو (الدين) و (الوصايا) وذكر فيهما من الأخبار العلوية خبرين، وعن زيد بن علي مسألة واحدة.

وسنذكر طرفاً من حكم اجتماع الديون والوصايا، أو أحدهما مع الميراث، وبحث الفرضى عن (الوصايا) من حيث: توزيع التركة بين أجزاء الوصية، والدين، أو أحدهما، وسهام المسألة، فلذلك يلحقها كثير من الفرضيين بالمواريث تبعاً للإمام عليه السلام في هذا المجموع، فقال:

(534/2)

باب الوصايا

أي هذا باب (أحكام الوصايا) الدالة عليها أدلة الباب، وفي (المصباح) وغيره: الوصايا: جمع وصية، كالهدايا جمع هدية.

والإسم الوصاية - بالكسر، والفتح - لغة: وهو وصي، فعيل بمعنى مفعول، والجمع الأوصياء، وتطلق على فعل الموصي، وعلى ما يؤمر به من مال أو غيره من عهد ونحوه.

وذكره الحافظ ابن حجر في (فتح الباري) ونحو: أوصيت إليه بمال جعلته له، ووصيت إلى فلان بوصية، ووصيت إليه - أيضاً - وصلته، وفي القراءت السبع: {فَمَنْ خَافَ مِنْ مُوصٍ ..}[البقرة:182] بالتخفيف والتشديد.

ووصيت بولده: استعطفته عليه، وأوصيته بالصلاة: أمرته بها، وعليه قوله تعالى: {يُوصِيكُمْ اللَّهُ ..}[النساء:11] . أي يأمركم.
وفي حديث: خطب رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: ((فأوصي بتقوى الله)) معناه آمر، فتعم الأمر بأي لفظ كانت.
قال الأزهري: الوصية من وصيت الشيء بالتخفيف، أصِه إذا وصلته، ويقال: أرض واصية . أي متصلة النبات، قال الشاعر:
نصي الليل بالأيام حتى صلاتنا .... مقاسمة تنشق أنصافها السفر

ونسبه في (المنحة) إلى (الإنتصار)، إلا أنه قال: اشتقاقها من قولهم: ((وصيت الشيء ..)) إلى آخره، قال: سميت وصية، لأن الموصي يصل ما بعد الموت بما قبله من قضاء الديون والصدقات . انتهى.
ويقال: وصّيت بالتشديد، ووصاه بالتخفيف بغير همز، وتطلق على ما يقع به الزواجر عن المنهيات، والحث على المأمورات، كقوله تعالى:{ذَلِكُمْ وَصَّاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ} [البقرة: 151].

(535/2)

ولفظ (البحر): ((والوصاية نيابة شبه الولاية، إذ يتصرف برأي نفسه، ويوصي فيما هو وصي فيه وإن لم يؤاذن، وشبه الوكالة بافتقاره إلى الأمر وصحة عزله في الحياة، الإمام يحيى، والعترة: وهي بالولاية أشبه، إذ لا يتصرف إلا بعد الموت)) . انتهى.
وأخصر ما ترسم به في الشرع، وأشمل عهد خاص مضاف إلى ما بعد الموت، وقد يصحبه التبرع مما رسمها في شرح (الفتح) وغيره، بلفظ: ((هي إقامة المكلف مكلفاً آخر مقام نفسه بعد الموت في بعض الأمور، لشمول الأول إذا لم يعين وصياً، ويخرج من الثاني الوصية في شيء معين محجوراً عن التصرف في غيره)) . انتهى.
وحكمها: أنها لا تبطل بموت الموصي، ومثلها متولي الوقف لا تبطل بموت الواقف، وله عزل نفسه قبل موت الموصي إجماعاً، لا بعده فلا، كالإمام بعد الدعوة وكالأب.
والأصل فيها من الكتاب: قوله تعالى في غير آية من كتابه العزيز، منها قوله تعالى: {مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ }[النساء:11] في آية: {يُوصِيكُمْ اللَّهُ ..} [النساء: 11] في التي بعدها ذكرهما الله تعالى مرتين.

ومن السنة: ما سيأتي للإمام عليه السلام منها في هذا (المجموع) ثلاثة أحاديث، مع ما سنذكر عليها من الشواهد، والأدلة على أحكامها.
وقد ورد الحث من الشارع على الوصية والترغيب فيها، لما أخرجه البيهقي في (باب الجزم بمن كان له شيء يريد أن يوصي فيه أن لا يبيت ليلتين أو ثلاث ليال إلا ووصيته تحت رأسه):

(536/2)

أخبرنا أبو زكريا بن أبي إسحاق المزكي، وأبو بكر بن حسن القاضي، قالا: ثنا أبو العباس محمد بن يعقوب، نا محمد بن عبد الله بن عبد الحكيم أنا ابن وهب، أخبرني رجال من أهل العلم، منهم: عبد الله بن عمر، ومالك بن أنس، ويونس بن زيد بن أسامة بن زيد الليثي: أن نافعاً حدثهم عن عبد الله بن عمر: أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال: ((ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه ، يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده)) . انتهى .
وأخرجه مالك في (الموطأ) والبخاري في الصحيح ، بلفظه، من طريق عبد الله بن يوسف، عن مالك بن أنس، ورواه مسلم في الصحيح بلفظه ، من طريق أبي الطاهر عن ابن وهب، عن يونس بن زيد .. إلى آخره.
ومن طريق هارون بن سعيد، عن ابن وهب، عن أسامة بن زيد الليثي .. إلى آخره بلفظه، وأخرجه أبو داود ، ومالك في الموطأ، وابن أبي شيبة ، والنسائي ، والترمذي ، والإمام أحمد بن حنبل، وابن ماجة ومن ذكره في جمع الجوامع في الحروف، وكلهم من طريق عبد الله بن عمر بلفظه، وزاد مسلم قال: ما مرت علي ليلة منذ سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقول ذلك إلا وعندي وصيتي.
وأخرجه ابن حزم، وذكر في (بلوغ المرام) وفي (عمدة الأحكام) كلهم من طريق عبد الله بن عمر.
وأخرج البيهقي - أيضاً - من طريق عبد الله بن عمر، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: ((ما حق امرئ مسلم له مال يريد أن يوصي فيه يبيت ليلة أو ليلتين ليست وصيته مكتوبة عنده)) .
وأخرجه مسلم من طريق أبي كامل، عن حماد، وذكره في ((التلخيص)) وقال: متفق عليه.

(537/2)

وأخرج البيهقي - أيضاً - من طريق ابن عمر مرفوعاً، بلفظ حديثه الأول، إلا قوله: ((يبيت ليلتين)) فقال: ((يبيت ثلاث ليال)) وزاد ما زاده مسلم في الرواية عن ابن عمر المذكورة آنفاً.
وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه، والنسائي، عن سالم بن عبد الله بن عمر عن أبيه، بلفظه: وفيه: ((يبيت ثلاث ليال)) .
وأخرجه مسلم في (الصحيح) من طريق هارون بن معروف، عن ابن وهب، عن ابن عمر.
وفي (مجمع الزوائد): عن عمر بن الخطاب، عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: ((ما حق امرئ مسلم أن يبيت ليلتين سوداوين وعنده ما يوصي فيه إلا ووصيته مكتوبة)).
رواه أبو يعلى في (الكبير) وفيه: عبد الله العمري، وفيه ضعف، وقد وثق وبقية رجاله رجال الصحيح، وأخرجه الدارمي في ((مسنده)) في (كتاب الوصايا) من طريق عبد الله بن عمر، بلفظ متنه، ورجاله ثقات.
وذكر أبو يعلى في (الكبير) في قوله: ((أن يبيت)) تقدير في سائر روايات الخبر، ليصح خبراً عن حق، كقوله تعالى: {وَمِنْ آيَاتِهِ يُرِيكُمْ الْبَرْقَ ...} [الروم: 24] الآية، ولفظ (مسلم) سقط في رواية أحمد، وهو ثابت عند الآخرين والتقييد به وبقوله: ((امرئ)) خرج مخرج الغالب، فلا مفهوم لهما، وأنهما للتهييج بالوصية، لنفع الوصية لما يشعر بتقييدهما من شعار الرجال المسلمين، فمن تركها فقد ترك ما هو من شعار الرجال والإسلام، وإلا فوصية الكافر جائزة، وحكى ابن المنذر الإجماع عليها، وإن كان السبكي أورد إشكالاً، وهو: أن الوصية زيادة في العمل الصالح، والكافر لا عمل له صالح حتى يزاد عليه.

(538/2)

وأجاب: أن الوصية أشبه بالإعتاق، وهو يصح من الكافر والمرأة كالرجل فيما دل عليه الخبر إذا كان لها مال، أن لا تبيت ليلة، أو ليلتين، أو ثلاث، إلا ووصيتها تحت رأسها.
ولما تقدم: أن الأنوثة غير فارقة، وإنما ذكر بالتذكير للشرف، أو لأن الرجال في الأحكام أصل، والنساء تبع لهم، وسواء كانت بكراً أو ثيباً، ولا يعتبر أذن الزوج، ولا الولي.
والحديث: يدل على الحث في الوصية، والترغيب فيها، والمبادرة إليها، كما كان من ابن عمر فيما ذكر مسلم، والبيهقي، المبادرة إليها والإرشاد للخير، ولما في ذلك من التثبيت فيما له وعليه، خشية أن يأتيه الموت بغتة،، ولما في ذلك من التذكر للموت وما بعده، فيزهده ذلك عن الدنيا ويرغبه في الآخرة.
قال النووي: قال الشافعي: معناه بالحزم والإحتياط للمسلم إلا أن تكون وصية عنده إذا كان له

شيء يريد أن يوصي فيه، لأنه لا يدري متى تأتيه منيته فتحول بينه وبين ما يريد ذلك. انتهى.
فيستحب له تعجيلها، وأن يكتبها في صحته، ويكتب ما يحتاج إليه، فإذا تجدد له أمر يحتاج إلى الوصية ألحقه بها.
قالوا: ولا يكلف أن يكتب كل يوم محقرات المعاملات، وجزئيات الأمور المتكررة، ولا يوفق لذلك إلا من وفقه الله من المؤمنين، أسأل الله التوفيق لي وللمؤمنين.
وقد قيل: إن ذلك من التثبيت في الدنيا، الدال عليه قوله تعالى: {يُثَبِّتُ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا بِالْقَوْلِ الثَّابِتِ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا} [إبراهيم: 27] .. الآية.

(539/2)

وكلمة (ما) نافية بمعنى (ليس) وهو إسمها، وهو المصدر المضاف إلى امرئ. أي ما أولاه وأحقه بذلك. ومسلم: صفة لامرئ، وشيء: صفة ثانية لامرئ، ويوصي: صفة لشيء، وخبرهما: ما بعد إلا، والواو زائدة في الخبر، لوقوع الفصل بـ(إلا).
وقوله: ((ليلتين)) للتقريب، وإلا فقد [ورد] ثلاث ليالٍ، قال الطيبي: في تخصيص الليلتين، والثلاث: تسامح في إرادة المبالغة، أي لا ينبغي أن يبيت زمان وإن كان قليلاً، إلا ووصيته مكتوبة، والمراد: قد سامحناه في الليلتين والثلاث، فلا ينبغي أن يتجاوز ذلك.
وروى مسلم، وابن عمر. راوي الحديث. أنه قال: ((ولم أبت ليلة..)) إلى آخره، وأما ما أخرجه ابن المنذر بسند صحيح، عن نافع، أنه قيل لابن عمر في مرض موته: ألا توصي؟ فقال: فالله أعلم ما كنت أصنع به.
فيجمع بينه وبين ما قبله: بأنه كان يكتب وصيته ويتعاهدها، وينجز ما كان يوصي به حتى وفد عليه الموت، ولم يكن له شيء يوصي به، لدلالة قوله: ((فالله أعلم ما كنت أصنع به)).
والحق الشيء الغالب، ويطلق شرعاً على ما يطلق به الحكم، وهو أعم من أن يكون واجباً، أو مندوباً، ويطلق على المباح بقلة، فإذا اقترن به على ونحوه كان ظاهراً في الوجوب، وإلا فهو على الإحتمال، ذكره البدر الأمير.

(540/2)

وقد ورد الذم والتوبيخ لمن ترك الوصية وله مال، ومات بغير وصية، لما في ((مجمع الزوائد)) من طريق أنس بن مالك قال: كنا عند رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فجاء رجل، فقال يا

رسول الله: ((مات فلان)) قال: ((أليس كان معنا [آنفاً]))؟ قالوا: ((بلى يا رسول الله)) قال: ((سبحان الله كأنما أخذه على غضب، المحروم من حرم وصيته)) . انتهى.

وأخرجه ابن ماجة، وأبو يعلى، وإسناده حسن، وأخرجه عبد الرزاق، من طريق القاسم بن عمر قال: قال لي ثمامة بن حزن: ما فعل أبوك؟ قلت: مات، قال: فهل أوصى، فإنه كان يقول: إذا أوصى الرجل كانت وصيته تماماً لما ضيع من زكاته . انتهى .

وقد أجمع المسلمون على الأمر بها، وإنما اختلفوا هل هي واجبة؟ أم لا؟

فذهب مالك، والشافعي، وأحمد، وأبو حنيفة، والجمهور، وحكى عن الشافعي في ((القديم)): أنها مندوبة وليست واجبة.

وادّعى ابن عبد البر: الإجماع على عدم الوجوب، سوى من شذ، وفي (أصول الأحكام) أنها جائزة، وبه قالت الإمامية.

وذهب جماعة من السلف، وبه قال إسحاق، وداود، وابن حزم، وغيرهما من الظاهرية: إلى وجوبها، وحكاه ابن المنذر عن طائفة، منهم: الزهري، وحكاه البيهقي في (المعرفة) عن الشافعي في (القديم).

وقال به أبو مجلز، وعطاء، وطلحة بن مصرف في آخرين، وهو قول إسحاق، واختاره أبو عوانة الإسفراييني، وابن جرير.

قال [لعلها قاله] في ((الفتح)) وآخرون.

(541/2)

ونسبه ابن حزم إلى ابن عمر من قوله من طريق ابن المبارك، عن عبيد الله بن عون، عن نافع، عن ابن عمر، قال . أي ابن حزم .: وروينا من طريق عبد الرزاق، عن الحسن بن عبيد الله، أنه قال: كان طلحة والزبير يشددان في ذلك ، وهو قول عبد الله بن أبي أوفى، وطلحة بن مصرف، وطاووس، والشعبي، وغيرهم، وهو قول أبي سليمان وجميع أصحابنا.

ثم اختلفوا، فأكثرهم ذهبوا إلى وجوبها في الجملة، وعن طاووس، وقتادة، والحسن، وجابر بن زيد في آخرين: ((تجب للقرابة الذين لا يرثون خاصة)).

أخرجه ابن جرير عنهم، قالوا: فإن أوصى لغير قرابته لم ينفذ، ورد الثلث كله إلى قرابته، وهذا قول طاووس.

وقال الحسن، وجابر بن زيد: ثلثا الثلث، وسيأتي، وذهب الهادي فمن بعده من الهدوية، وجمهور أئمة أهل البيت، وأبو ثور، والمحقق البدر الأمير، ورجحه المذاكرون للمذهب،

وصرح به الإمام المهدي في (البحر) و(الأزهار) إلى أن وجوب الوصية والإشهاد على من له مال بكل حق لآدمي محض أو الله مالي أو تعلق به ابتداء انتهاءً.

والذي قرره الحافظ ابن حجر، والمحقق الجلال: أن المتعين عليه الإشهاد على ما يجب من حق لا يعلم إلا من جهته، قال الجلال: ((ويجب الإيصاء بحقوق الله المالية لمن كان له مال)).

وقرر الأمير في (سبل السلام): ((وجوبها على من عليه حق شرعي، يخشى أن يضيع إن لم يوصي به، كوديعة، ودين الله تعالى، أو الآدمي، ومحل الوجوب فيمن عليه حق ومعه مال ولم يمكنه تخليصه إلا إذا أوصى به، وما انتفى فيه واحد من ذلك فلا وجوب)) . انتهى .

قال ابن دقيق العيد: ((الوصية على وجهين:

(542/2)

أحدهما: [الوصية] بالحقوق الواجبة على الإنسان، وذلك واجب، وتكلم بعضهم في الشيء اليسير الذي جرت العادة بتداينه ورده مع القرب هل تجب الوصية [به] على التضييق والفور؟ وكأنه روعي في ذلك المشقة.

والوجه الثاني: الوصية بالتطوعات في القربات، وذلك مستحب)). انتهى .

احتج الأولون بما أخرجه البخاري وغيره من طريق ابن عمر المذكور، بلفظ: ((ما حق امرئ مسلم ...)) إلى آخره، قالوا: الحق للجزم، والإحتياط، لأنه قد يفجئه الموت، وهو على غير وصيّة.

وقد تقدم أن: الحق لغة: الشيء الثابت .. إلى قوله: وقد يطلق على المباح قليلاً، قاله القرطبي - وأيضاً - تفويض الأمر إلى إرادة الموصى بقوله: ((له شيء يريد أن يوصي به)) يدل على عدم الوجوب، فلو كانت واجبة لما علقها بإرادته.

وبما أخرجه البخاري - أيضاً - من طريق عائشة: أنها أنكرت أن يكون رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أوصى، وقالت: متى أوصى وقد مات بين سحري ونحري .

وأخرج - أيضاً - من طريق ابن أبي أوفى، أنه قال: أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم لم يوص.

وبما أخرجه أحمد، وابن ماجة، قال الحافظ: بسند قوي، عن ابن عباس في أثناء حديث فيه أمر النبي صلى الله عليه وآله وسلم أبا بكر أن يصلي بالناس، قال في آخره: مات رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ولم يوصي - انتهى.

قالوا: لو كانت الوصية واجبة لما تركها رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم.

واحتج ابن عبد البر من حيث المعنى، بأنه: لو لم يوص لقسم جميع ماله بين ورثته بالإجماع، فلو كانت الوصية واجبة، لأخرج من ماله سهماً ينوب عن الوصية، ذكره الأمير في (سبل السلام) .

واحتجت الإمامية ومن تابعهم بحديث: ((إن الله قد أعطى ...)) قالوا: المراد به نفي الوجوب لا الجواز.

واحتج الآخرون بقوله تعالى: {كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ}[البقرة:180] الآية.

وبحديث عبد الله بن عمر المذكور في الباب، وأنه لم يبت ليلة منذ سمع هذا الخبر من رسول اله صلى الله عليه وآله وسلم إلا ووصيته مكتوبة.

وأجاب أكثرهم عن حجج الأولين، بأن المراد بنفي الوصية منه صلى الله عليه وآله وسلم نفي الوصية بالخلافة حال وفاته صلى الله عليه وآله وسلم لا مطلقاً.

وقد كانت تقدمت وصيته لجميع ما ترك بقوله الثابت يقيناً: ((إنا معشر الأنبياء لم نورث ، ما تركناه صدقة)) وهذه وصيّة صحيحه بلا شك.

وأخرج الواقدي من مرسل العلاء بن عبد الرحمن: أنه صلى الله عليه وآله وسلم أوصى فاطمة رضي الله عنها، فقال: قولي إذا مت: إنا لله وإنا إليه راجعون.

وأخرج ابن ماجة من حديث علي عليه السلام، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: ((إذا مت فاغسلوني سبع قرب من بئر أديس)) وكانت بقباء، وكان يشرب منها.

وفي مسند البزار، ومستدرك الحاكم بسند ضعيف، أنه صلى الله عليه وآله وسلم أوصى أن يصلى عليه إرسالاً بغير إمام .

وأخرج الطبراني في (الأوسط) من طريق عبد الرحمن بن عوف، قالوا: يا رسول الله أوصنا . يعني في مرض موته . قال: ((أوصيكم بالسابقين الأولين من المهاجرين وأبناءهم من بعدهم..)) تفرد به عتيق بن يعقوب، وفيه من لا يعرف حاله، فهذا ما ورد في وصيه رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بأسانيد معتبرة.

وقد روي غير ذلك، كأمره لعائشة في مرضه بإنفاق الذهبية، كما ثبت في حديثها عند أحمد،

وابن سعد، وابن خزيمة، وفي المغازي لإبن إسحاق، عن عبيد الله بن عبد الله، قال:لم يوص رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عند موته إلا بثلاث لكل من الداريين، والرهاويين، والأشعريين، بجاد ـ بالجيم والدال المهملة المشددة ـ والجاد: بمعنى المجدود، أي نحلاً بجد منه خيبر مائه وسق من خيبر، وأن لا يترك في جزيرة العرب دينان، وأن ينفذ بعث أسامة .

وفي (صحيح مسلم) عن ابن عباس قال: ((أوصى بثلاث: أن يجيزوا الوفد بنحو ما كنت أجيزهم ..)) الحديث، وأخرج أحمد، والنسائي، وابن سعد وابن مندة،كلهم من طريق أنس: كانت [عامة] وصية رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم حين حضره الموت: ((الصلاة وما ملكت أيمانكم ..)) وله شاهد من حديث علي عند أبي داود، وابن ماجه، ومن حديث أم سلمه عند النسائي بسند جيد.

وفي حديث ابن أوفى: ((أوصى بكتاب الله)) وقد ثبت وصية رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بالأنصار، وبأهل بيته، ولكنها ليست عند الموت.

قالوا: وما ادّعاه بن عبد البر بعدم الوجوب إلى الإجماع مجازفة كما عرفت.

(545/2)

وأجاب الأولون عن حجج الآخرين: بأن ليس فيها دلالة على الوجوب، لكن إذا كان على الإنسان دين، أو وديعة، لزمه الإيصاء بذلك، ويستحب تعجيلها، وأن يكتبها في صحته، ويشهد عليها، وأن تجدد له أمر يحتاج إلى الوصية ألحقه فيها، والآية منسوخة كما في (البخاري) عن ابن عباس، قال: ((كان المال للولد، وكانت الوصية للوالدين، فنسخ الله من ذلك ما أحب، فجعل لكل من الأبوين السدس)) .

رواه ابن القطان، عن عبيد الله بن عمر، عن نافع عن ابن عمر، عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم ـ انتهى.

قال الجمهور: والوجوب صفة زائدة، ثم ثبت نسخ ذلك بالإجماع، وبقي الجواز، كما في صوم عاشوراء، وسيأتي تمام الكلام في شرح الحديث الآتي إن شاء الله.

وأجاب الآخرون: بأن الذي نسخ الوصية للوالدين والأقارب الذين يرثون، وأما من لا يرث فليس في الآية، ولا في تفسير ابن عباس ما يقتضي النسخ في حقه.

وحديث عبد الله بن عمر رد عليه: ما رواه ابن عبد البر، والطحاوي في بعض طرقه، بلفظ: ((لا يحل لامرئ مسلم ...)) الحديث.

أجاب الأولون: بأنه يحتمل أن راويها ذكرها بالمعنى، وأراد بنفي الحل ثبوت الجواز بالمعنى

الأعم الذي يدخل تحته الواجب، والمندوب، والمباح.

واحتج ابن دقيق العيد، والهدوية، وأهل المذهب ومن تابعهم، بحديث عبد الله بن عمر المذكور آنفاً، وحملوه على الحقوق الواجبة على الإنسان: كالدين، والوديعة.

(546/2)

وأجيب على ابن دقيق العيد بأن حمله للحديث على الحقوق الواجبة على الإنسان كالدين والوديعة مثلاً محل نظر؛ إذ يحتاج إلى تأويل بعيد وتكلف في لفظ الحديث، بأن يتأول لفظ له شيء بمعنى عليه، ويكون فيه بمعنى به، والوصية بذلك واجبة حتماً، متعينة بخلاف النوع الثاني من التطوعات في القربات ففيه خلاف بين أهل المذهب.

وقد ذكره الحافظ ابن حجر، ونقله عنه صاحب ((المنتفى)) ببعض تصرف كما هي عادته.

ووجه احتجاج الهدوية بحديث عبد الله بن عمر، لما فيه بلفظ: ((له شيء..)) وفي رواية: ((له مال)) لأن فيه إشارة على قدرته للتنجيز، وهذا القول يرجع إلى قول الجمهور: بأن الوصية غير واجبة بعينها، وإنما الواجب بعينه الخروج عن الحقوق الواجبة للغير، سواء كانت بتنجيز، أو وصية فكان محل الوجوب فيمن عليه حق ومعه مال، وهذا هو المصرح به عن أبي ثور بوجوب الوصية في الآية.

والحديث يختص بمن عليه حق شرعي يخشى أن يضيع على صاحبه إن لم يوص به كالوديعة والدين، ونحوها.

قال: ويدل على ذلك تقييده بقوله: ((له شيء يريد أن يوصي فيه)) لأن فيه إشارة على قدرته على تنجيزه، ولم يكن تخلصه إلا إذا أوصى، وما انتفى فيه واحد من ذلك فلا وجوب.

قال المحقق الجلال: وفي الاستدلال بذلك على الوجوب نظر من وجوه:

أحدها: أن في بعض رواياته بلفظ: ((يريد أن يوصي فيه)).

ثانيها: أن ذكر الحق يستعمل في المندوب كما في حديث: ((حق على كل مسلم أن يغتسل في كل سبعة أيام مرة)) متفق عليه من حديث أبي هريرة.

(547/2)

ثالثها: أن الكتب غير متعين اتفاقاً، وإنما المتعين هو الإشهاد على ما يجب عليه من حق لا يعلم إلا من جهته؛ لأن التخلص من الحقوق واجب، فلا يتم فيما لا يعلم إلا من جهته إلا

بالإشهاد، فيكون وجوبه من باب وجوب ما لا يتم الواجب إلا به، لأنه لو كان معلوماً من غير جهته لم يكن للإشهاد فائدة، إذ لا معنى للإشهاد إلا الإعلام.

وقد كان حاصلاً فلا مخصص لجعل الوجوب على من له مال، لأن الوصية قد تكون من الفقير برد الوديعة، ونحو ذلك.

نعم اشتراط أن يكون له مال يتجه في وجوب الإيصاء لحقوق الله المالية، لأن مال الله يسقط بعدم التمكن منه، أما أنه يجب الإعلام بكل حق لآدمي كالدين الذي لا بينة لصاحبه، فلا شك في وجوبه وإن لم يكن له مال، لأن الوجوب يتعلق ببيت المال، لحديث: ((ومن ترك كلا أو ضياعاً ..)) .

فعلى والى المذكور في ذوي الأرحام، وربما حصل التبرع كما تقدم في تبرع علي، أو أبي قتادة بقضاء دين الميت الذي امتنع النبي صلى الله عليه وآله وسلم من الصلاة عليه، لمكان تعلق الدين بذمته، حيث لا بيت مال حينئذ، وهذا وجه ما أخرجه المؤيد بالله من قوله بالوجوب. انتهى.

وغاية ما احتجوا به من لفظ الخبر ما في بعض روايته بلفظ: ((يريد أن يوصي فيه)) فرد الأمر إلى إرادته، وابن عمر راوي الخبر لم يوص، كما أخرجه ابن مندة بسنده عن حماد بن زيد، عن أيوب عن نافع.

قلت: قد تقدم في شرح كلام ابن المنذر، فيما أخرجه عن نافع بسند صحيح، أنه قيل لابن عمر في مرض موته: ألا توصي؟ وتقدم الجمع بين هذا الخبر وبين ما قبله بما أغنى عن إعادته.

(548/2)

احتج به جماعة، أن الوصية فيمن له مال كثير، لحديث سعد بن أبي وقاص دون القليل فلا وصية فيه، الجمهور أنه لا فرق بين من له مال كثير أو قليل، لظاهر حديث: ((إن الله جعل لكم ثلث أموالكم ..)) وسيأتي.

ومن حجج من قال: بأنه لا وصيه في المال القليل، ما في كتاب ((المحلى)) المذكور آنفاً، وهو من حجج من لم يوجبها في الكثير والقليل، أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم لم يوص ، وأن حاطب بن أبي بلتعة قال بمحضر عمر: ((لا وصية من المال القليل)).

وأن ابن عباس قال فيمن ترك ثلثمائه درهم: ((ليس فيها وصية)) وأن علياً: ((نهى من لم يورث إلا من السبعمائة إلى التسعمائة عن الوصية)) وأن عائشة أم المؤمنين قالت فيمن ترك أربعمائة

دينار: ((ليس في هذا فضل عن ولده)) .. إلى أن قال ابن حزم: كل هذه الأقوال لا حجة لهم في شيء منها.

أما من زاد في روايته: ((يريد أن يوصي)) فإن ذلك مالك بن أنس، رواه بغير لفظ يريد لكن بلفظ الإيجاب فقط.

ورواه عبد الله بن نمير، وعبدة بن سليمان، عن عبيد الله بن عمر، عن نافع، عن ابن عمر، كما رواه مالك، ورواه يونس بن يزيد، عن نافع، عن ابن عمر، كما رواه مالك، ورواه ابن وهب، عن عمرو بن الحارث، عن سالم بن عبد الله بن عمر، عن أبيه، عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم.

كما رواه مالك، وكلا الروايتين صحيح، فإذا هما صحيحان فقد وجبت الوصية برواية مالك، ووجب عليه أن يريدها.

(549/2)

ولما روي عن ابن عمر من طريق أشهل بن حاتم وهو ضعيف، ومن طريق ابن لهيعة وهو لا شيء، والثابت عنه ما رواه مالك عن نافع من إيجاب الوصية وإلا فعمل الراوي بخلاف ما يروي لا يكون مخصصاً ولا مقيداً والعمل على ما روي.

وما روي عن حاطب، وعمر، من رواية ابن لهيعة أسقط من أن يشتغل بها في التطوعات في القربات، وذلك مستحب.

وما روي عن ابن عباس فيه: ليث ابن أبي سليم وهو ضعيف، وحديث علي عليه السلام فيه: بيان حد القليل ما بين السبعمائة إلى التسعمائة، وهم لا يقولون بهذا، وليس في حديث أم المؤمنين بيان بما ادعوا، ثم يوضح لكل ذلك لما كانت فيه الحجة، لأنه قد عارضهم صحابة كما أوردنا.

وإذا وقع التنازع لم يكن قول طائفة أولى من قول الأخرى، والفرض حينئذ هو الرجوع إلى القرآن والسنة، وكلاهما يوجب فرض الوصية. انتهى.

قال الحافظ ابن حجر في (فتح الباري): وحاصله ترجيح قول الجمهور أن الوصية غير واجبة بعينها، وإنما الواجب بعينه [لعينه في الفتح] الخروج من الحقوق الواجبة للغير، سواء كانت بتنجيز أو وصية، ومحل وجوب الوصية إنما هو إذا كان عاجزاً عن تنجيزه، ولم يعلم بذلك غيره ممن يثبت الحق بشهادته، فأما إذا كان قادراً، أو علم بها غيره فلا وجوب.

ويشهد لذلك أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم مات ودرعه مرهونة عند اليهودي في دين

لليهودي، ولم يوص به وبالدين لليهودي، مع أن ذلك لم يكن مختصاً به صلى الله عليه وآله وسلم، فقد علم بعض أصحابه كعلي وعائشة، بذلك فلم يحتج إلى الوصية. انتهى .

(550/2)

قلت: وقد أشار إلى ذلك المحقق الجلال في ((ضوء النهار)) وقد استبان مما ذكرنا أن كتب الوصية غير متعين، وإنما المتعين الإشهاد على من يجب عليه حق لغيره لا يعلم إلا من جهته .. إلى آخر ما ذكره المحققان: ابن حجر، والجلال.

قال في (المنحة): ((أما من يعمل بالخط لأدلته التي منها هذا الحديث، فإنه يقول: يجب أحد أمرين:

إما الكتب، وعلى ذلك تحمل دلالة الآية، وما في بعض الأدلة من الدلالة على الوجوب.

أو الإشهاد فيما كان لا يعلم إلا من جهته إلا بالإشهاد، وعلى ذلك يحمل دلالة قوله تعالى: {يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمْ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ}[المائدة:106] ولا خلاف فيما ذكرنا)) . انتهى.

قلت: والأول أولى مع العجز عن التنجيز بكل حق لآدمي، كالدين الذي لا بينة لصاحبه، أو موت الأشهاد أو البينة وإن لم يكن مال، لأن الوجوب متعلق ببيت المال، لما تقدم، ولما عسى أن يقع التبرع عنه كما سبق ذكره.

أو يبرؤه الأخوان قولاً وفعلاً، وقد ذكره الإمام المهدي في فعل ما يندب بلفظ: ومن المعدة بأن يبره الأخوان، والحق ما ذكرنا عن ابن حجر، والجلال.

وأما حقوق الله المالية فلا يتحتم الايصاء بها إلا مع المال، لأنها تسقط بعدم التمكن منه.

(551/2)

واستدل ابن حجر، وبه قال طائفة من العلماء بقوله: ((مكتوبة)) في حديث ابن عمر المذكور على جواز الإعتماد على الكتابة والخط وإن لم يقترن بشهادة، وقال بعض أئمة الشافعية: إن ذلك خاص بالوصية، وأنه يجوز الإعتماد على الخط فيها من دون شهادة، لثبوت الخبر فيها.

ولأن الوصية لما أمر الشارع بها وهي تكون عما يلزم المؤمن من حقوق ولوازم كان حقها أن تجدد في الأوقات واستصحاب الأشهاد في كل حق يريد أن يتخلص منه خشية مفاجأة الأجل متعسر، بل متعذر في بعض الأوقات. انتهى.

وقد أجيب: بأن التبرع لا يتوقف على الإيصاء، بل قد ثبت الحق على الميت من غير إيصاء به، كإقامة الغريم البينة بقضائه، كما تبرع علي عليه السلام وأبو قتادة في القضاء على الميت ديناً، فإذا علم ثبوت الدين أجزأ عنه تبرع من يقضيه، وبه تعرف أنه لا يتم قوله، وهذا وجه ما خرج للمؤيد بالله، إلا أن يقال يجب عليه الإيصاء ليعلم أن عليه ديناً فيخرج عنه لا لأجل صحة التبرع، ذكره في (المنحة) . انتهى.

وعلى هذا، فيلزم: عدم وجوب صحة الوصية مع الأشهاد، أو شرعيتها بالكتابة من دون أشهاد، إذ لا فائدة في ذلك، وقد ثبت الأمر المذكور في الحديث لها، فدل على قبولها من دون إشهاد.

وقال الجماهير: المراد مكتوبة بشروطها، وهو الشهادة؛ لدلالة قوله: {شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ}[المائدة:106] فإنه دال على اعتبار الإشهاد في الوصية.

(552/2)

وأجيب: بأنه لا يلزم من ذكر الأشهاد في الآية، أنه لا تصح الوصية إلا به، والحق: أن المعتبر معرفة الخط، فإذا عرف خط الموصي وإمضائه عمل به، وقبله الحاكم، وعليه عمل الناس قديماً وحديثاً.

وقد كان صلى الله عليه وآله وسلم يبعث الكتب يدعو العباد إلى الله تعالى، وتقوم عليهم الحجة بذلك، ولم يزل الناس يكتب بعضهم إلى بعض في المهمات من الدينيات والدنيويات، ويعملون بها، والعمل بالوجادة، كل ذلك من دون إشهاد، ذكره الأمير ، وسيأتي تمام الكلام في (الحديث الثالث) من هذا إن شاء الله.

هذا وقد عرفت مما ذكرنا:

أن الوصية معتورها من الأحكام الشرعية الوجوب فيما ذكرنا.

وقد تكون مندوبة من ماله غير مستغرق بحقوق الله وحقوق الآدميين أن يوصي بثلث ماله في القرب المقربة إلى الله تعالى، من: بناء المساجد والمدارس للعلماء والمتعلمين، وبناء السبل، والمنازل للغريب في الطرق، والمدن، والقرى، وبناء المستشفيات، والمناهل، والسقايات، وإصلاح الطرق المسبلة، والمنابر، ونحو ذلك من أعمال البر.

قاله الجمهور، وعن الناصر: ((دون الثلث)) وكذا عن أصحاب الشافعي، إذا كان ورثته فقراء، وسيأتي تمام الكلام على ذلك في (الحديث الثاني) . إن شاء الله.

وعكس ذلك مكروهة، ومثل ذلك: من أوصى لأهل الذمة عموماً أو خصوصاً بغير الخمر

والخنزير، أو لِفاسق، لأن الوصية ليس من شرطها القربة ومباحة فيما استوى الأمران فيه، ومحرمة فيما إذا كان فيها أضرار بالوارث، أو توليج، أو حيف، أو حيلة، [تفسر هذه المفرادات] على الوارث فتبطل بقوله تعالى: {غَيْرَ مُضَارٍّ }[النساء:12].

(553/2)

ولما ثبت عن ابن عباس: ((الإضرار في الوصية من الكبائر)) رواه سعيد بن منصور، موقوفاً بإسناد صحيح ، وأخرجه النسائي مرفوعاً برجال ثقات، وأخرج البيهقي من طريق عكرمة ، أنه قال: ((الحيف في الوصية والإضرار فيها من الكبائر)) قال البيهقي: هذا هو الصحيح، أي أنه موقوفاً، وكذا رواه ابن عيينة وغيره عن داود موقوفاً، وروي من وجه آخر مرفوعاً ورفعه ضعيف.
وأخرج ابن حزم من طريق عبد الرزاق، عن سفيان الثوري، عن داود، عن عكرمة، عن ابن عباس قال: ((الضرار في الوصية من الكبائر)) ثم قرأ ابن عباس {وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ}[الطلاق: 1].
ومن طريق عبد الرزاق، عن معمر، عن أشعث بن عبد الله، عن شهر بن حوشب، عن أبي هريرة . مسنداً .: [قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم]: ((إن الرجل ليعمل بعمل أهل الخير سبعين سنة ، فإذا أوصى جار [حاف في المصنف] في وصيته، فيختم له بشر [بسوء في المصنف] عمله فيدخل النار، وإن الرجل ليعمل بعمل الشر سبعين سنة، فيعدل في وصيته فيختم له بخير عمله، فيدخل الجنة، ثم يقول أبو هريرة: اقروا إن شئتم: {وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ ..} إلى قوله: {عَذَابٌ أَلِيمٌ} [المجادلة: 4] [{وله عذاب مهين} وهو الثابت في جميع الروايات]..

(554/2)

واعلم: أنه يجب نهي الموصي عن الحيف والإضرار في الوصية، ونهيه عن ذلك لما أخرجه البيهقي في: (باب ما جاء في قوله تعالى: {وَلْيَخْشَ الَّذِينَ لَوْ تَرَكُوا مِنْ خَلْفِهِمْ ذُرِّيَّةً ضِعَافًا خَافُوا عَلَيْهِمْ فَلْيَتَّقُوا اللَّهَ وَلْيَقُولُوا قَوْلاً سَدِيدًا} [النساء: 9] وهو ما ينهي عنه من الإضرار).
أخبرنا أبو زكريا، عن أبي إسحاق المزكي، أنا أبو الحسن أحمد بن محمد بن عيدروس [عبدوس في السنن] ثنا عثمان بن سعيد الدارمي، ثنا عبد الله بن صالح بن معاوية بن صالح، عن علي بن أبي طلحة، عن ابن عباس في قوله تعالى: {وَلْيَخْشَ الَّذِينَ لَوْ تَرَكُوا مِنْ خَلْفِهِمْ

ذُرِّيَّةً ضِعَافًا خَافُوا عَلَيْهِمْ ..} [النساء: 9] يعني الرجل يحضره الموت فيقال له: تصدق من مالك، وأعتق، وأعط في سبيل الله [فنهوا أن يأمروه بذلك، يعني من حضر منكم مريضاً عند الموت فلا يأمره أن ينفق ماله في العتق والصدقة وفي سبيل الله، ولكن يأمره أن يبين ماله وما عليه من دين] ويوصي من ماله لذي قرابته الذين لا يرثون [ويوصي] بالخمس أو الربع ..
إلى أن قال: [أيسر أحدكم] إذا مات وله ولد صغار أن يتركوهم بغير مال فيكونون عيالاً على الناس، فلا ينبغي أن تأمروه بما لا ترضون به لأنفسكم ولأولادكم، ولكن قولوا الحق من ذلك .

(555/2)

وبهذا الإسناد إلى ابن عباس في قوله تعالى: {وَلْيَخْشَ الَّذِينَ لَوْ تَرَكُوا مِنْ خَلْفِهِمْ ذُرِّيَّةً ضِعَافًا ..}[النساء:9] فهذا الرجل يحضر الرجل عند موته فيسمعه يوصية يضر ورثته [بورثته] فأمر الله سبحانه الذي يسمع أن يتقي الله ويوفقه ويسدده للصواب، ولينظر لورثته كما يحب أن يصنع بورثته إذا خشي عليهم الضعف . انتهى .
وذكر في (الكشاف) في تفسير الآية: ثلاثة معان، منها: ما تقدم.
وقيل: هم الذين يجلسون إلى المريض، فيقولون: إن ذريتك لا يغنون عنك من الله شيئاً فقدم مالك فيستغرقه بالوصايا، فأُمِرُوا أن يخشوا ربهم، أو يخشوا على أولاد المريض، ويشفقوا عليهم شفقتهم على أولاد أنفسهم لو كانوا.
والقول السديد من الجالسين إلى المريض أن يقولوا له إذا أراد الوصية: ((لا تسرف في وصيتك فتجحف بأولادك، مثل قول رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لسعد: ((إنك تترك ولدك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس)) . انتهى.
إذا عرفت هذا فاعلم: أن أصول الوصايا التي تعتبر مع مسألة الميراث بقدر مخرجها بعد قضاء الدين أن ثمَّ وبقي من التركة على أربعة أضرب: وصية بجزء مفرد أو جزئين فصاعداً، ووصية بتكملة جزء، ووصية بمثل نصيب، ووصية بجزء مما بقي بعد النصيب.
ذكره الشيخ العصيفري في بعض مؤلفاته، وجماعة من العلماء، وسنذكر كل ذلك في ضمن شرح (الحديث الثاني) و (الثالث) من أحاديث هذا الباب . إن شاء الله تعالى.
(تنبيه): اشترط جماعة من العلماء في صحتها أن تكون من مكلف، قاله مالك، وخرجه المؤيد بالله للهادي، ورجح للمذهب، وهو قول الجمهور.

(556/2)

حر، مختار، اتفاقاً، وسواء صدرت بلفظها وهو صريح وكناية أن بلفظ الأمر بإعطاء الموصي له لبعد الموت، أو ما في معناهما.

والوصية تلزم وإن لم يذكر وصياً معيناً، ولفظ ((البحر)): ((وشرطها الإيجاب إجماعاً، ولا تفتقر إلي القبول حيث هي لغير معين)) ونسبه في (البحر) إلى الإجماع.

وذهب الناصر، والمؤيد بالله، والإمام يحيى، وأحد قولي الشافعي، إلى أنها تفتقر كالهبة.

واختلف العلماء في وصية من لم يبلغ من الرجال والنساء أصلاً، فمنعه الهادي والمذهب، وبه قال مالك، والحنفية، والشافعية في الأظهر.

قال ابن حزم: ((إن وصية من لم يبلغ من الرجال والنساء لا تجوز أصلاً، ونسبه إلى ابن عباس من طريق عبد الرزاق، عن إبراهيم بن يحيى، عن الحجاج بن أرطأة، عن عطاء، عن ابن عباس: ((لا تجوز وصية الغلام حتى يحتلم)) .

قال: وصح هذا عن الحسن البصري، وإبراهيم النخعي، وهو قول أبي حنيفة، والشافعي، وأبي سليمان وأصحابهم)) . انتهى.

وصححها مالك في قول، إذا بلغ تسع سنين فصاعداً، وأحمد، والشافعي في قول، ورجحه ابن عضرون وغيره، ومال إليه السبكي، وأيده بأن الوارث لاحق له في الثلث، فلا وجه لمنع وصية الصبي، والمعتبر فيه أن يعقل ما يوصي به، قال الحافظ: وروي في ((الموطأ)) فيه أثر عن عمر، أنه أجاز وصية غلام لم يحتلم.

أخرجه ابن حزم من طريق مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم، عن أبيه، عن عمرو بن سليم الزرقي، عن أمه: أن عمر بن الخطاب أجاز لها وصية غلام لم يحتلم ببئر جشم، قال عمرو بن سليم: فبعتها أنا بثلاثين ألفا . انتهى.

(557/2)

وذكره في (الموطأ) بلفظه سنداً ومتناً، وفيه ذكر اسم الموصي لها قال: هي أم عمرو بن سليم المذكور.

وذكر البيهقي: أن الشافعي علق القول به على صحة الأثر وهو قوي فإن رجاله ثقات، وله شاهد، وقيد مالك صحتها بما إذا عقل القربة ولم يخلط، وأحمد في رواية عنه: إذا جاوز السبع، وفي أخرى: إذا جاوز العشر، وحكى عنه ابن المنذر، أنه إذا كان ابن اثني عشر سنة أي عاماً جزي له وعليه.

وصرح به في (المنهاج الجلي) صحتها من ابن اثني عشر سنة قال: والوجه في ذلك ما تقدم

عنه عليه السلام: ((من أن الصبي إذا كان له اثني عشر سنة جرى له وعليه فيما بينه وبين الله، فإذا طلعت العانة جرت عليه الحدود)).

إن قيل أنه غير بالغ؟

قلت: الخبر عن أمير المؤمنين عليه السلام خصه، فجازت أفعاله. انتهى.

وذكر ابن حزم من طريق رجال من أهل العلم، عن ابن مسعود، أنه أجاز وصية الصبي، وقال: ((من أصاب الحق أجزنا وصيته)) وروي: ولم يصح عن أبان بن عثمان، أنه جاز وصية جارية بنت تسع سنين بالثلث . انتهى.

وفي (ضوء النهار): ((وعن أبي حنيفة: "تصح من ابن العشر")) وفي (البحر): ((لا تصح من ابن العشر، لرفع القلم عنه)).

وذكر في (المحلى) عن جابر الجعفي، عن الشعبي: ((من أصاب الحق من صغير أو كبير أجزنا وصيته)) وعن ابن سمعان، عن الزهري، والليث بن سعيد: ((إذا عرف الصلاة جازت وصيته، وإن لم يحتلم الغلام والجارية سواء. [تحديد نهاية القوس، والتأكد من صحة الألفاظ].

وصح عن شريح، وعبد الله بن عتبة بن مسعود، وإبراهيم النخعي، إجازة وصية الصغيرين إذا أصابا الحق .

(558/2)

وفي (الموطأ): في (جواز وصية الصغير والضعيف والمصاب والسفيه): ((قال يحيى: سمعت مالكاً يقول: "الأمر المجتمع عليه عندنا أن الضعيف في عقله، والسفيه، والمصاب الذي يفيق أحياناً، تجوز وصاياهم، إذا كان معهم من عقولهم ما يعرفون ما يوصون به، فأما من ليس معه من عقله ما يعرف بذلك ما يوصي به، وكان مغلوباً على عقله، فلا وصية له")). انتهى .

وروى ابن حزم، من طريق عبد الرزاق، عن معمر، عن الزهري، عن عمر بن عبد العزيز: ((من لم يبلغ فإن وصيته تجوز في قرب الثلث، ولا نرى أن تبلغ الثلث)).

وقال القاضي عبيد الله بن الحسن العنبري: أنه إذا بلغ الصغيران سناً من وسط من يحتلم له الغلمان جازت وصيتهما .. إلى أن قال: أما تحديد عبيد الله بن الحسن ببلوغ من هي وسط ما يحتلم لها الغلمان، ومنع عمر بن عبد العزيز من بلوغ الثلث، وإجازته من قرب الثلث، وتخصيص ابن تسع فصاعداً، وَكَذا ما جاوز السبع فأقوال لا متعلق لها بشيء أصلاً، وما نعلم أحداً حد ذلك قبل مالك، ولعل بعض مقلديه يقول: صح أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم

دخل على عائشة أم المؤمنين وهي بنت تسع سنين، فنقول: نعم، وصح عنه أنه صلى الله عليه وآله وسلم تزوجها وهي [بنت] ست سنين، فأجازوا وصية بنت السنين بذلك، وهذا كله لا مدخل له في الوصية.

وأما من أجاز وصية الصغيرين إذا أصابا الحق، ومن قال: إن المعتبر فيه أن يعقل ما أوصي به فاحتجوا بقوله تعالى: {وَافْعَلُوا الْخَيْرَ }[الحج:77] قالوا: وهذا عموم، وبقوله تعالى: {مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ }[النساء:11] وهذا عموم.

(559/2)

وبالثابت عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم، إذ سألته المرأة عن الصغير أله حج؟ فقال: ((نعم، ولك أجر)) قالوا: ووجدناه يحض على الصيام والصلاة، فالوصية كذلك، وقالوا: السفيه والصغير ممنوعان من أموالهما في حياتهما، ووصية السفيه جائزة فالصغير كذلك.

وقالوا: هذا حكم عمر بمحضر من الصحابة، والرواية عن ابن عباس خلاف ذلك لا تصح، لأنها عن هالكين إبراهيم بن يحيى، والحجاج، ومثل ذلك لا يقال بالرأي ما لهم شبهة غير ما ذكرنا . انتهى.

وذكر في (البحر) حجة من أجازها من ابن العشر، وهو أبو حنيفة، حديث: ((إن الله جعل لكم ثلث أموالكم)) ورده في (البحر) بقوله: ((قلت فصل القياس)) قال في (المنار): ((ولا أدري كيف يصدر هذا الاحتجاج من ذي بصيرة، ولعله تصرف فيه واسطة بين الناقل والمنقول، والمنقول عنه لا بفهم الاستدلال)) . انتهى.

وفي (ضوء النهار) رد على أبي حنيفة بلفظ: لنا القياس على سائر العقود قالوا: ثبت عن عمر أنه قال في غلام كان في المدينة قيل له أنه من غسان، وهو مدنف، وورثته بالشام، وليس عنده إلا ابنة عمه، فقال عمر: ليوصي لها فأوصى لها بمال يقال له (بئر جشم) فبيع ذلك المال بثلاثين ألفاً .

قلنا: في روايته عن أبي بكر بن حزم، أنه قال: وكان الغلام ابن عشر سنين أو اثنتي عشرة سنة، واثنتي عشرة سنة مظنة الإحتلام، وإن كان في روايته أنه قيل له: إن هاهنا غلاماً يافعا لم يحتلم، فإن المظنة تغني عن المئنة . انتهى.

(560/2)

[لعلها قال] ابن حزم: وأما قوله تعالى: {وَافْعَلُوا الْخَيْرَ }[الحج:77] وقوله: {مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ ..}[النساء:11] الآية، وقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((..نعم، ولك أجر)) فإن من لم يبلغ الحلم غير مخاطب بشيء من الشرائع، ولكن تفضل الله عليه بقبول الأعمال التي هي من أعمال البر ببدنه دون ماله، لا في حياته، ولا في وصيته بعد موته، ولا ألزمه بشيء، والقياس باطل.

ثم لو كان القياس حقاً لكان هذا منه عين الباطل، لأنهم لم يقيسوا الصدقة في الحياة من الصغير على الحج منه، فقياس الوصية بالمال على الصدقة بالمال أولى لو كان القياس حقاً من قياس الوصية على الحج والصلاة، وقياس الصغير على السفيه فاسد، لأنَّا لا نساعدهم على أن مسلماً يعقل يكون سفيهاً أصلاً، وفعل عمر بمحضر الصحابة ليس بحجه، لأن مثله لا يقال بالرأي . انتهى باختصار.

واحتج للجمهور، وهي حجة للهادي ومن وافقه بقوله تعالى: {وَلاَ تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمْ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلاً مَعْرُوفًا * وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ} [النساء: 6،5].

(561/2)

فصح بنص القرآن: المجنون، والصغير، ممنوعان من أموالهما، حتى يعقل الأحمق، ويبلغ الصغير، فصح أنه لا يجوز لهما حكم في أموالهما أصلاً، وتخصيص الوصية في ذلك خطأ، وكذلك صح عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم، أنه قال: ((رفع القلم عن ثلاثة ..)) فذكر فيهم الصغير، فصح أنه غير مخاطب . انتهى.

وفي (البحر): وتصح من ابن الخمس عشرة إجماعاً، قال في (المنار) قد بينا في الصلاة أن التكليف لا يعلم بعدد السنين، وبينا ضعف الإستدلال بحديث ابن عمر، وأن العبرة إنما هو بالإحتلام، أو الإنبات، فعلى هذا من خالف في الخمس عشرة كيف يدعي الإجماع بدونه.

وأمَّا وصية المحجور عليه ماله في دين عليه فتصح، إلا أنها موقوفة على فك الحجر، وكذلك وصيته المحجور عليه ماله للسفه، عند غير الجمهور، وعند الجمهور يصح.

وأما العبد فإن وصيته لا تنفذ ما دام عبداً إجماعاً، فإن أعتق وقد أوصى فاختار الإمام المهدي نفوذها، لزوال المانع، وهو الموافق لما ذكر في نكاحه بغير إذن سيده إذا أعتق.

وحكى قولاً: أنه يشترط إطلاق المتصرف عند صدورها، والجمهور على خلافه، والحامل حكمها حكم الصحيح فتصرفاتها من رأس مالها حتى يضر بها الطلق، قاله الجمهور: لأنها

صحيحة الجسم، مستقلة بأعمال النساء فلا تصرف عنها الصحة لتوهم ما يأتي، إذ الإنسان في معرض الموت من حين جرى فيه الروح، فرب ذي صحة وقوة فارق الدنيا من غير مرض ولا علة.

(562/2)

وقد أشار إلى ذلك الإمام محمد بن المطهر، وفي ((أصول الأحكام)) نسبه إلى أبي حنيفة، والشافعي، وقالت الهدوية: ورجح للمذهب، وبه قال مالك من السابع حكمها حكم المريض فتصرفاتهم من الثلث، كذلك المبارز، والمقود، والغريق. انتهى.

وفي (أصول الأحكام). في الحامل إذا بلغت ستة أشهر. : ((لم يجز من وصيتها إلا الثلث، قال: وبه قال مالك والليث)). انتهى.

ولفظ (الموطأ): قال مالك: أحسن ما سمعت في وصية الحامل، وفي قضاياها في مالها وما يجوز لها: أن الحامل كالمريض فأول حملها كالمرض غير المخوف على صاحبه فتضع مالها فيما شاءت، فإذا مضت للحامل ستة أشهر من يوم حملت لم يجز لها قضاء في مالها إلا في الثلث.

واحتج بقوله تعالى: {فَلَمَّا أَثْقَلَتْ دَعَوَا اللَّهَ رَبَّهُمَا } [الأعراف: 189] قال: فأول الإتمام ستة أشهر، قال تعالى: {وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلاَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ}[البقرة:233] وقال: {وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلاَثُونَ شَهْرًا }[الأحقاف:15]. انتهى .

وقد استبان مما ذكرنا بيان من تصح منهم الوصية، وكل على أصله، ومن لا تصح منهم، مروية عن أمير المؤمنين، متفرقة، ومجموعة، تارة مرفوعة، وتارة موقوفة عليه، وليس للإجتهاد فيها مسرح كما ستعرف.

ولما سنذكر من الشواهد المرفوعة، ولكل وجه مما ذكرنا، فخبر (المجموع) من المرفوع.

وأما من لا تصح لهم الوصية فقد بينهم الإمام عليه السلام بقوله:

(563/2)

أسباب سقوط الإرث

حدثني زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي عليه السلام قال: ((لا وصية لقاتل، ولا لوارث، ولا لحربي)).

بيض لصدره وعجزه في (التخريج) ولم أجده بهذا السياق فيما وقفت عليه من كتب السنة، ولفصول مفردات الخبر جملة شواهد سنذكرها عند الكلام على مفردات فصوله، وهذا شروع من الإمام عليه السلام ببيان من لا يصح الإيصاء لهم، وهم المنحصرون في الخبر، المشتمل على ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: قوله: ((لا وصية لقاتل)) يشهد له ما أخرجه البيهقي في (باب ما جاء في الوصية لقاتل) ما لفظه: أخبرنا أبو عبد الله الحافظ، وأبو أحمد المهرجاني، وأبو زكريا المزكي، وأبو عبد الرحمن السلمي، وأبو سعيد مسعود بن محمد الجرجاني، قالوا: حدثنا أبو العباس. هو الأصم. ثنا أبو عتبة أحمد بن الفرج الحجازي، ثنا بقية، ثنا ميسر بن عبيد، عن الحجاج بن أرطاة، عن عاصم بن بهدلة، عن زر، عن علي [رضي الله عنه] قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقول: ((ليس للقاتل وصية)) .

وأخرجه الدارقطني من حديث علي بلفظه، ورواه في (مجمع الزوائد) بلفظه في باب (لا وصية لقاتل) عن علي، قال: ورواه الطبراني في (الأوسط)، وفيه بقية وهو مدلس، قال البيهقي: ورواه محمد بن مصفى عن بقية، تفرد به ميسر [مبشر في السنن] بن عبيد الحمصي، وهو منسوب إلى وضع الحديث، وإنما ذكرت هذا الحديث لتعرف رواته .

أخبرنا أبو سعيد الماليقي، نا أبو أحمد بن عدي، ثنا أبو حماد، ثنا عبد الله البخاري، قال له: فرد حديث، وقال أحمد: يضع الحديث، وقال الدارقطني: متروك. انتهى.

(564/2)

وذكره في (التلخيص) ونسبه إلى الدارقطني والبيهقي من حديث علي وإسناده ضعيف جداً، قال ابن عبد الحق، وابن الجوزي: وأما قول إمام الحرمين: ليس هذا الحديث في المرتبة العالية من الصحة فعجيب، فإنه ليس له في أصل الصحة مدخل، فمداره على مَيْسَر بن عبيد الحمصي وقد اتهموه بوضع الحديث. انتهى.

قلت: وفي إسناده الحجاج بن أرطاة هالك، قاله ابن حزم، وضعفه غيره، ولكن قد تابعه حديث (المجموع) وهو من غير طريق ميسر بن عبيد، فزالت عنه تهمة وضع الحديث والضعف، وذكره في (الشفاء) و(المنهاج) وحكاه في (البحر) وفي تخريج (البحر) نسبه إلى (الشفاء) مرة من طريق زيد بن علي مرفوعاً، ومرة عن علي عليه السلام موقوفاً عليه.

وذكره في (أصول الأحكام) وهو عند البيهقي، والدارقطني، مرفوعاً، فيحمل حديث المجموع على الرفع كما علم في الأصول، وعلى فرض تفرد (المجموع) بهذا الخبر فالتفرد غير قادح

مع سلامة السند عن العلة والشذود كما عرفت في المقدمة للمؤلف ـ رضي الله عنه ـ سلامة سند (المجموع) عن العلة والشذوذ.

وفي شرح (النخبة): ((وقد يستمر التفرد في جميع رواة السند أو أكثرهم)) وفي (مسند البزار) و(المعجم الأوسط) للطبراني أمثلة كثيرة، وهو داخل في قسم المقبول الذي يجب العمل به كما حققه في موضعه ـ والله اعلم.

(565/2)

وقد ذكره المؤلف ـ رحمه الله ـ في (الطهارة) في حديث: ((من وطء بعر بعير رطب)) ولأن ذلك لا يقال بالرأي، وليس للإجتهاد فيه مسرح، فثبت أصل الخبر، وإلا فقد تقدم للمؤلف ـ رضي الله عنه ـ في (كتاب الطهارة) عن المؤيد بالله أنه قال: ومن مذهبنا أن علياً عليه السلام إذا قال قولاً وجب اتباعه على أنه لم يرو عن أحد من الصحابة خلافه ـ انتهى.

والحديث يدل على منع الوصية للقاتل من المقتول، وعدم صحتها من الموصي، وظاهره سواء كان من الورثة، أو من غيرهم، وسواء كان بمال أو بالدية، وسواء كان قتله عمداً حقاً، أو عدواناً، أو خطأ، وسواء كانت الوصية قبل القتل أم بعده، لعموم الخبر، وظاهر حديث (المجموع) ولو بالثلث فما دون أو بأكثر، وأجازها الوارث وإلا فلا.

ويعتضد ما دل عليه الخبر بالقياس على الميراث، بجامع كون كل منهما صلة، فكما أن قتل المورث مانع لميراث القاتل، كذلك قتل الموصى مانع لاستحقاق القاتل للموصى به، لما ثبت أن شرعية الميراث والوصية كلاهما من باب صلة الرحم وما يجري مجراها.

وقد اختلف العلماء في هذه المسألة، فذهب جمهور السلف إلى ما دل عليه الخبر، وبه قال محمد بن منصور.

ذكره في (الجامع الكافي) وفيه: وروي نحو ذلك عن حسن وسفيان وشريك، وهو قول أبي حنيفة ـ انتهى.

وهو أحد قولي الشافعي وأصحابه، قال شريك: سواء أوصى له قبل الضربة أو بعدها لأنه قاتل، وقال الحسن بن صالح: إن أوصى له قبل الضربة لم تجز الوصية، وإن أوصى له بعد الضربة جازت الوصية ولو كانت امرأة فإن تزوجها قبل الضربة لم ترثه، وإن تزوج بعد الضربة ورثته. انتهى.

(566/2)

وظاهر كلامه: أنه لا فرق بين العمد، والخطأ، وقال أبو حنيفة: إن أجاز الورثة للقاتل جازت . انتهى.

وقالت الهدوية، ورجح للمذهب، ونسبه في (البحر) إلى الهادي، والمؤيد بالله، وأبي طالب، وأبي حنيفة، وأصحابه، ومالك، وأبي سليمان، والليث، وهو أحد قولي الشافعي: أنها تبطل لقاتل العمد إن تقدمت على الجناية، ولو عفى عنه الموصي عن القصاص والدية، فإن الوصية لا يصححها عفوه ولو أجازها الوارث كالميراث.

وتصح لقاتل العمد إن تأخرت عن الجناية، فإن كان خطأ فتصح الوصية، ونسبه في (البحر) إلى المذهب، وأحد قولي الشافعي: إن تقدمت على الجناية من المال لا من الدية كالميراث، وتبطل من الدية إن تقدمت على الجناية، نحو: إن تقتلني فقد أوصيت لك بالدية أو بشيء منها، لا لو تأخرت عن الجناية فتصح، وهكذا في (أصول الأحكام) ونسبه إلى يحيى.

ذكره في (المنتخب) وفيه: إن ضربه، ثم عفى المضروب عن الضارب ومات من الضربة، أن عفوه يكون وصيّة من الثلث، قال المؤيد بالله: ((والأقرب أن تحصيل مذهبه الفرق بين أن يكون القتل عمداً أو خطأ، فكأنه أبطل الوصية لقاتل العمد، وأجازها لقاتل الخطأ كما ذهب إليه في الميراث ..

إلى أن قال: والأصح عندي من مذهب يحيى، وظاهر ما يدل عليه قوله: الفرق بين تقدم الجناية، وتقدم الوصية، إن تقدمت الجناية وكانت خطأ ثم عفى عنه فعفوه وصية من الثلث، وإن تقدمت الوصية على الجناية وكانت عمداً بطلت الوصية. ووجهه: أن إبطال الوصية عقوبة، فإن أوصى له بعد الجناية فكأنه عفى له عن هذه العقوبة. قال: وهذا إذا عفى عن القود والدية جميعاً.

(567/2)

وقال الأوزاعي، وابن شبرمة: ((أنها لا تبطل بالقتل عمداً كان أو خطأ)) وبه قال الشافعي، وفي (الجامع الكافي).

احتج الأولون بظاهر عموم حديث (المجموع) وشواهده واحتج به من بعدهم في القاتل عمداً إن تقدمت الجناية على الضربة.

واحتج من فرق بين تقدم الجناية، وتقدم الوصية، بوصية أمير المؤمنين علي بن أبي طالب بإطعام ابن ملجم بعد أن ضربه.

واحتج الأوزاعي ومن معه بعموم قوله تعالى: {مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ }[النساء:12] ورد بأنه

مخصوص بالخبر، قالوا: كالبيع، إذ هي تمليك يحتاج إلى القبول، قلنا: البيع عقد معاوضة فافترقا، ذكره في (البحر).

وأجاب من فرق بين القتل العمد، والخطأ: بأن حديث الأصل محمول على القاتل عمداً بعد الوصية، وذكر في ((أصول الأحكام)): أنه حكى عن مالك قال: إذا كانت الجناية متقدمة على الوصية ومات من تلك الجناية، فالوصية صحيحة للعامد والمخطئ في المال والدية إذا علم ذلك منه، وإن كانت الوصية متقدمة منه ثم قتله الموصى له، فالوصية لقاتل الخطأ تجوز في ماله ـ أي في مال الموصى ـ دون ديته، وقاتل العمد تبطل الوصية في المال والدية.

واحتج له بحديث الأصل، وقال أبو يوسف: ولا تجوز الوصية للقاتل، ولو أجازها الورثة، وهو الأولى من قول يحيى، لأنه منع لا لحق الوارث، بل على سبيل العقوبة.

(568/2)

وكل هذه الأقوال من التفصيل لم أجده، فما أعلم عن أحد من الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ ولا أدلة على ذلك إلا من جهة القياس للوصية على المال الموروث، لما ثبت أن قاتل العمد لا يرث من المال، ولا من الدية، وقاتل الخطأ يرث من المال دون الدية، فكذلك قاتل الموصى له، والميراث أقوى حكماً من الوصية، لأنه يحصل لصاحبه بغير قبول، والوصية لا تحصل إلا بقبول الموصى له، فإذا لم يجب لقاتل العمد أرث لا من المال ولا من الدية، ولا لقاتل الخطأ من الدية، فأجدر أن الوصية تبطل لقاتل العمد بالمال والدية وبالدية لقاتل الخطأ، وهذا على قول أكثر العلماء أن الدية ليست من المال.

وعلى قول الكثير من العلماء: أنها من المال، فيبقى النظر بالوصية بالدية، أو بشيء منها، وقد قالوا: أنه لا يرث من الدية لكن عند أبي حنيفة: أنه لا يرث من المال، ولا من الدية، فكذلك الوصية لا تصح من المال، ولا من الدية.

وقد عرفت ما تقدم عنه، فلا يتأتى القياس، وعند سعيد بن جبير، وسعيد بن المسيب، وبعض فقهاء البصريين: أنه يرث من المال والدية، فكذلك الوصية تصح بالمال والدية، وسيأتي للمحقق الجلال: أنها لا تبطل بقتل الخطأ.

وظاهر كلامه: سواء كانت بالمال، أو بالدية، أو بهما، وهذا القياس إنما يتم الاستدلال به إذا تقدمت الوصية على الجناية كالميراث لتقدم ثبوته على قتل المؤرث.

وأما إذا تأخرت الوصية بالمال، أو بالدية، أو بهما، على الجناية، فلا يتم القياس، فلا تبطل الوصية، ذكره البدر الأمير في (المنحة).

(569/2)

وفي (المنار): هذا من التعليل بالحكم، وفيها هنا من الظهور ما يقرب معه التعليل بها إذ العبرة نص العلة . انتهى.

وفي (البحر): المؤيد بالله، والمذهب، وأبو يوسف، فإن أجاز الورثة وصيته للقاتل لم تنفذ، أبو حنيفة، ومحمد: تنفذ إذ ألحق لهم، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((ومن ترك مالاً فلأهله)) قلنا: الشرع منعه عقوبة، فلزمه امتثاله . انتهى.

وذكر في (المنار): أن الوصية للقاتل لم تقع موقعاً شرعياً، فكانت كالمعدومة، ولا تلحق الإجازة ما لا وجود له، وكون الحق للوارث إنما يلزم صحة تصرفهم بالهبة، ونحوها لا جعل غير الشرعي شرعياً.

هذا شرح كلام ((المصنف)) والظاهر: صحة الوصية؛ لعدم المانع، والمخصص لأدلة الوصفية . انتهى.

ووجه ما قاله الجمهور: أن إبطال الوصية عقوبة، فإذا أوصى بعد الجناية فكأنه عفى له عن هذه العقوبة، وصرح بذلك الإمام أحمد بن سليمان في (أصول الأحكام) للمؤيد بالله ليحيى، قال: وهذا إذا عفى عن القود والدية جميعاً، لأن العفو عندنا عن الدم لا يوجب العفو من الدية. انتهى.

إلا أن عموم حديث الأصل يقتضي عدم صحة الإيصاء لقاتل الموصى مطلقاً، سواء كان القتل عمداً، أو خطأ، تقدمت الوصية على الجناية، أو تأخرت.

والوجه في ذلك: أن الوصية شرعت في الأصل صلة للأقارب، ثم عمت الأقارب والأباعد، فلا تثبت لقاتل الموصى؛ لقطعه الصلة التي لأجلها شرعت له الوصية بالجناية، فقطعت عنه الوصية، تقدمت على الجناية، أو تأخرت، كما في منع القاتل لمورثه من الميراث؛ لقطعه الصلة التي لأجلها شرع الميراث بالجناية فقطع عنه الميراث.

(570/2)

وما ذكرناه من العلة لمنع ميراث القاتل ليتم التعليل بها من منع القاتل من الوصية أولى من تعليل ما قيل، ومنع القاتل من الميراث حقناً للدماء؛ لئلا يقتل الناس بعضهم بعضاً طمعاً في الميراث، لعموم ما ذكرنا لا دخل الصورة المنظور فيها دون ما ذكروا فلا يتم.

وكذا ما علل الإمام المهدي في ((البحر)) والجلال في ((ضوء النهار)) أن قتل الموصي،

والمورث، يكون استعجالاً للوصية والإرث، فعومل القاتل فيهما بنقيض قصده فيما إذا تقدمت الوصية على الجناية الصادرة عمداً عدواناً، ولهذا لا تبطل بقتل الخطأ، تقدمت الوصية، أو تأخرت، أو كانت الوصية متأخرة عن الجناية، صحت للعامد والخاطئ في المال والدية؛ لعدم التهمة، فلا يتم هذا التعليل فيما إذا تقدمت الجناية ووقوعها خطأ كما قرره البدر الأمير في (المنحة) على قوله: ((استعجالاً)).

ومما علل به الجلال بلفظ: ((لأن المنع معلل بالعقوبة على المعصية، وهي حق لله تعالى كالحد، لا تصرف فيه للعبد)) . انتهى.

قال في (المنحة): ((قوله: "لأن المنع معلل بالعقوبة على المعصية)".

أقول: أي بعقابه بالحرمان عملاً بنقيض قصده، وهذه العلة لم يرد التعليل بها عن الشارع، وليس إلينا عقوبات الجنايات إلا ما عينها الشارع كالحدود والتعزيرات لا بحرمان المال، وبه يعرف بطلان قوله: "وهي حق لله" فإنه يقال: متى أمر الله بهذه العقوبة الخاصة)) . انتهى.

وما ذكرنا من قطع الصلة بالجناية لم يثبت الميراث بين المسلم والكافر، لانتفاء تلك الصلة، وإلا لزم في المدبر، وأم الولد: أن لا يعتقان بقتل سيدهما.

(571/2)

المسألة الثانية: قوله: ((ولا لوارث)): أي لا وصية لوارث أي من مورثه، وسواء كانت جهة الإرث من نسب، أو نكاح، أو ولاء، قال في (التخريج): الدارمي في (باب الوصية للوارث): عن عمرو بن خارجة، قال: كنت تحت ناقة النبي صلى الله عليه وآله وسلم وهي تقصع بجرتها، ولعابها ينوص بين كتفي، سمعته يقول: ((إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه ، فلا تجوز وصية لوارث)) .

وللحافظ في (الملقن) في (باب الوصية للوارث) ما لفظه: ذكر فيه حديث ابن ماجة رفعه: ((أن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث)) أخرجه النسائي، والترمذي وقال: ((حسن)) قلت: وفي إسناده إسماعيل بن عياش، وقد أسلفنا أنه ضعيف في غير الشاميين، وهذا الحديث من روايته عن أهل الشام، وأخرجه النسائي، والترمذي، من حديث عمر بن خارجة مرفوعاً، وقال الترمذي: ((حسن صحيح)). انتهى.

قلت: وحديث الدارمي بلفظه عند ابن ماجة، إلا قوله: ((ولعابها ينوص)) فقال: ((وإن لعابها ليسيل بين كتفي)) وأخرج البيهقي في سننه: نا ابن أبو بكر بن الأرت [الحارث في السنن] الفقيه، أنا علي بن عمر الحافظ، أنا أبو عبد الله بن محمد بن عبد العزيز، نا [ثنا في السنن]

داود بن رشيد، ثنا عمر بن عبد الواحد، عن عبد الرحمن بن يزيد بن جابر، نا سعيد بن سعيد المقبري، [في السنن: حدثنا سعيد بن أبي سعيد] عن أنس بن مالك، قال: إني لتحت ناقة رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يسيل علي لعابها، فسمعته يقول: ((إن الله [عز وجل] قد أعطى كل ذي حق حقه ، ولا وصية لوارث)) .

(572/2)

وأخرجه ـ أيضاً ـ من طريق أبي الحسن علي بن أحمد بن عبدان، نا [أنا في السنن] أحمد بن عبيد الصفار، ثنا محمد بن الفضل بن جابر، ثنا عبد الجبار بن عاصم، ثنا إسماعيل بن عياش، عن شرحبيل بن مسلم، عن أبي أمامة الباهلي، قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقول [في خطبته] في حجة الوداع، وذكر الحديث بلفظه ، ورواه أحمد ، والأربعة إلا النسائي ، وحسنه أحمد والترمذي، وحسنه وقواه ابن خزيمة، وأبي الجارود، كلهم من طريق إسماعيل بن عياش، وهو ضعيف في غير الشاميين.

قال الترمذي: وفي إسناده إسماعيل بن عياش رواه شامي عن شرحبيل بن مسلم، وهو حمصي من أهل الشام ثقة، كما قاله أحمد، وغيره، لا كما زعمه ابن حزم من جهالته في حديث آخر.

وقال البيهقي: عن أحمد بن حنبل، أنه يقول في إسماعيل بن عياش: ما روى عن شرحبيل صحيح، وما روى عن أهل الحجاز فليس بصحيح، ثم قال ـ أيضاً ـ : وكذلك قال البخاري، وجماعة من الحفاظ: وهذا الحديث إنما رواه إسماعيل عن شامي.

وقد روي من وجه آخر من حديث الشاميين، وصرح بذلك في كتاب (المعرفة) وليس في رجاله مجهول، وابن عياش معروف.

وقد رواه عن شامي، وروايته عن الشاميين صحيحه كما تقدم، ورواه الطبراني في (مسند الشاميين): ثنا أحمد بن أنس بن مالك، ثنا هشام بن عمار، ثنا محمد بن شعيب، ثنا عبد الرحمن بن يزيد بسنده المتقدم ولفظ متنه، وأخرج ابن ماجة من طريق هشام بن عمار نحوه .

وأخرج أبو داود والترمذي بعضه، وأحمد، وأبو داود الطيالسي، وأبو يعلى الموصلي في مسانيدهم، وابن أبي شيبة، وعبد الرزاق في مصنفهما مطولاً ومختصراً.

(573/2)

وذكره في (التلخيص)، ونسبه إلى أحمد، وأبي داود، والترمذي، وابن ماجة من حديث أبي أمامة باللفظ التام، وهو حسن الإسناد، وكذا رواه أحمد، والترمذي، والنسائي، وابن ماجة من حديث عمرو بن خارجة.

ورواه ابن ماجة عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، ومن حديث سعيد بن أبي سعيد، عن أنس، ورواه البيهقي من طريق الشافعي، عن ابن عيينة، عن سليمان الأحول، عن مجاهد، أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال: ((لا وصية لوارث)).

قال الشافعي: وروى بعض الشاميين حديثاً ليس مما يثبته أهل الحديث، فإن بعض رجاله مجهولون، فاعتمدنا على المنقطع مع ما انضم إليه من حديث المغازي، وإجماع العلماء على القول به، وكأنه أشار إلى حديث أبي أمامة المتقدم.

ورواه الدارقطني - أي حديث ابن عباس وزاد في آخره: إلا أن يشاء الورثة، وإسناده حسن وبدون زيادة من حديث أبي جابر وصوّب إرساله من هذا الوجه، ومن حديث علي عند ابن أبي شيبة وإسناده ضعيف، وطريق ابن عياش بسند حسن - انتهى.

قال البيهقي: ((في الحديث مجاهد، والحديث مرسل)) وأخرجه من طريق عمرو بن خارجة، قال: خطبنا رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم على راحلته قال: ((إن الله قسم لكل إنسان نصيبه من الميراث فلا تجوز لوارث وصية)) .

ورواه حماد بن سلمة، عن قتادة وروي من وجه آخر ضعيف عن عمرو بن خارجة، وقال الدارقطني في حديث جابر، وفي إسناده إسحاق بن إبراهيم البروي، عن سفيان وثقه ابن معين وغيره.

(574/2)

قال ابن المديني: سمعت أبي يقول: أبو موسى الهروي، روى عن سفيان، عن عمرو - وهو ابن دينار - عن جابر: ((لا وصية لوارث ..)) الحديث مرسل ذكره في (الميزان).

وأخرجه ابن عدي، عن أحمد بن محمد بن صاعد، عن أبي موسى الهروي، عن ابن عيينة، عن عمرو بن دينار عنه نحوه، وأعله بأحمد هذا، وقال: وهو أخو يحيى بن محمد صاعد، وأكبر منه، وأقدم موتاً، وهو ضعيف.

وذكره البخاري تعليقاً قال: ((باب لا وصية لوارث)) كأنه لم يثبت على شرطه فترجم به كعادته، وروي في (مجمع الزوائد) في (باب لا وصية لوارث) عن عمرو بن خارجة الجمحي، أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال يوم الفتح، وأنا عند ناقته: ((ليس لوارث وصية ،

قد أعطى الله كل ذي [حق] حقه)) .
ورواه الطبراني، وفيه عبد الملك بن قدامة الجمحي، وثقه ابن معين، وضعفه الناس، هذا وقد استبان مما ذكرنا صحة الخبر وقوة طرقه إذ قد روي من سبع طرق كلها مرفوعة، غير المرسلة، وغير المنقطعة من طريق إسماعيل بن عياش، عن شرحبيل، عن أبي أمامة مرفوعاً، وابن عياش معروف وليس في رجاله مجهولون، وشرحبيل ثقة شامي، قاله أحمد وغيره.
ورواية إسماعيل عن الشاميين صحيحة، قاله البيهقي، وأبو داود، وابن ماجة، والطبراني، وأبو يعلى، وابن أبي شيبة، وعبد الرزاق، والترمذي، والنسائي وغيرهم، وحسنه الترمذي، ووثقه أحمد.
ومن طريق سعيد بن أبي سعيد، عن أنس بن مالك مرفوعاً عند البيهقي وابن ماجة، وأحمد، والنسائي، وغيرهم برجال ثقات.

(575/2)

ومن طريق شهر بن حوشب، عن عبد الرحمن بن غنم، عن عمرو بن خارجة مرفوعاً عند الترمذي، وابن ماجة، وأحمد، والدارمي، والنسائي، قال الترمذي: حسن صحيح.
ومن طريق علي عند الدارقطني، وعمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، عند ابن ماجة، وابن عباس، وجابر، عند الدارقطني وغيرهم.
وإن كان فيها بعض مقال فهي فيما بينها متعاضدة إذا ضممنا بعضها إلى بعض صارت قوية.
ومع ذلك فلا وجه لما قاله البيهقي، إن هذا الخبر روي من أوجه كلها غير قوية، ولا لما ذكره أحمد السالف ذكرها في إسماعيل بن عياش، ولما قاله الشافعي أن بعض الشاميين روى حديثاً ليس مما يثبته أهل الحديث، لما عرفت من قوة طرقه مع طريق (المجموع).
قال الأمير في (سبل السلام): ((ولا يخلو إسناد كل واحد منها عن مقال، لكن مجموعها منتهض على العمل به، بل جزم الشافعي في الأم أن هذا المتن متواتر، قال: [إنه] نقل كافة عن كافة، وهو أولى من قول واحد.
قلت: الأقرب وجوب العمل به؛ لتعدد طرقه، ولِمَا قال الشافعي، وإجماع العلماء على القول به وإن نازع في تواتره الفخر الرازي، ولا يضر ذلك بثبوته فإنه متلقى بالقبول من الأمة كما عرفت)) [كما عرف في سبل السلام]
والحديث يدل على منع الوصية للوارث من مؤرثه على أي حال من الأحوال، والوجه في ذلك: أن لفظة: ((وصية)) ذكره في سياق النفي تفيد العموم، فيعم كل وارث، سواء كان من جهة

النسب، أو النكاح، أو الولاء، ويعم كل وصية، سواء كانت من الثلث، أو بما دونه، أو بأكثر، ولو أجاز الورثة فالإجازة لا تصحح باطلا.

(576/2)

قال ابن حزم: إذ قد منع الله من ذلك، فليس للورثة أن يجبروا ما أبطله الله تعالى على رسوله صلى الله عليه وآله وسلم، وذلك لأن النفي في معنى النهي، وأصله التحريم في العبادة، والبطلان في المعاملة، وما هنا هو من النفي المطلق، وهو يقتضي نفي الوجوب والجواز كما علم في الأصول، ولا يصرف عنه إلا لقرينة، بل قد ورد بلفظ: ((لا تجوز وصية لوارث)) فيؤكد التحريم.

وفي قوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه ..)) الحديث السالف ذكره، إرشاد إلى تعليل النهي، والله تعالى لعلمه وحكمته عين لكل أحد الحق الذي يستحقه في علمه تعالى، ولم يبق له حق حتى يزيده الموصي، وتبياناً إلى أن التي أعطى الله فيها كل ذي حق حقه الناسخة لآية البقرة، الناطقة بوجوب الوصية للولدين والأقربين.

وقد اختلف علماء الأمصار في هذه المسألة، وقد ذهب إلى ما دل عليه الخبر الجماهير من الصحابة، والتابعين، وعلماء الحديث، والتفسير، وهو قول المؤيد بالله، وأكثر الفقهاء.

وفي (شرح الإبانة) نسبه إلى زيد بن علي، وأبي عبد الله الداعي، وكذا في (البحر) وزاد: المؤيد بالله، والفريقين، ومالك، وأكثر الأئمة، ومن المتأخرين الإمام المهدي، والمحققون المقبلي، والجلال، وابن حزم، ونسبه إلى المزني وأبي سليمان، وداود.

(577/2)

وذكره البدر الأمير في (سبل السلام) و(المنحة) وفي (فتح الباري): ((قال الشافعي في (الأم) أنه حديث متواتر، قال [فقال في الفتح]: "وجدنا أهل الفتيا ومن حفظت عنهم من أهل العلم بالمغازي وغيرهم لا يختلفون أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال يوم الفتح: ((لا وصية لوارث))، ويروونه [ويؤثرون في الفتح] عمَّن حفظوا عنهم من أهل العلم، فكان نقل كافة عن كافة")) . انتهى.

وقد ذكره في (المنحة) أولاً، قالوا: ولا تحل الوصية لوارث أصلاً، فإن أوصى لغير وارث فصار وارثاً عند موته بطلت الوصية.

وذكره في (شرح الإبانة) وكذا الهبة للوارث كالوصية في مرض موته، ومثل ذلك لو أَبْرَأَ الوارث مما عليه من الدين في مرضه فكالوصية.

قال ابن حزم: فإن أوصى لوارث، ثم صار غير وارث، لم تجز له الوصية، لأنها أول عقدها كانت باطلة، وبه قال من تقدم، وفي (شرح الإبانة) جازت له بالإجماع.

قلت: في دعوى الإجماع نظر؛ لثبوت الخلاف فيها لمن تقدم كما ذكرنا، وذهب الهادي إلى جوازها ونفوذها، وذكره الإمام المهدي في (البحر)، ونسبه إلى الهادي، والناصر، وأبي العباس الحسني، وأبي طالب، وحكاه عن الباقر، والصادق، والقاسم بن إبراهيم، وإسماعيل وموسى ابنا جعفر بن محمد.

وذكره في (شرح الإبانة) ونسبه الإمام أحمد بن سليمان إلى الإمامية، قال أبو طالب: وهو إجماع أهل النصوص من أهل البيت، وجعلوا الوصية للوارث مندوبة، ورجح للمذهب، ومن المتأخرين المحققان: الجلال، والأمير، في آخر كلامهما، وادعى فيه إجماع أهل البيت، ولا يصح هذا.

(578/2)

قلت: دعوى الإجماع غير ثابت؛ لما عرفت، وذهب الشافعي: إلى أن الوصية للوالدين والأقربين باقية واجبة، ولا فرق عنده بين الوارث وغيره.

احتج الأولون: بعموم حديث الأصل، وشواهده المتظافرة، على منع الوصية للوراث مطلقاً، قاله المحقق المقبلي في (المنار) والجلال في (ضوء النهار).

واحتج المتأخرون والشافعي بعموم قوله تعالى: {كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمْ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ}[البقرة:180].

ثم اختلفوا، فالمتأخرون قالوا: بنسخ الوجوب بأدلته المذكورة من السنة وبقي الندب، ولا منافاة بينهما كصوم عاشوراء، وأبى ذلك الشافعي فقال: وإن كان بعض طرق الأدلة قوية لا ينسخ القرآن بالسنة، فوجب أن تكون الوصية للوالدين والأقربين قوية الحكم غير منسوخة، إذْ لم يرد ما ينسخها.

أجاب الأولون: بأن وجوب الآية منسوخ بآية المواريث.

وحديث: ((إن الله قد أعطى ..)) مبين لذلك، ولما أخرجه البخاري، والدرامي من طريق ابن عباس، قال: ((كان المال للولد والوصية للوالدين والأقربين، فنسخ الله من ذلك ما أحب، فجعل للذكر مثل حظ الأنثيين وجعل للأبوين السدسان والثلث، وجعل للمرأة الربع، والثمن،

والزوج الشطر والربع)) [ورد الشطر والربع، يتأكد من ذلك] . انتهى.
ورجاله ثقات من رجال الصحيح.

(579/2)

أجاب الآخرون بأن نسخ الوجوب لا ينافي الجواز، قال الإمام أحمد بن سليمان في (أصول الأحكام): ((والوجوب صفة زائدة علي الجواز، ومعنى {كُتِبَ عَلَيْكُمْ} [البقرة:180] أوجب عليكم لا خلاف فيه، ثم ثبت نسخ الوجوب بالإجماع وبقي الجواز، كما أن نسخ صوم يوم عاشوراء نسخ وجوبه وبقي جوزاه، ويدل على ما قلنا قوله تعالى: {مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ }[النساء:11] فعَمّ، ولم يخص.
أجاب الأولون: بأن الإجماع على دعوى نسخ الوجوب غير ثابت؛ لما تقدم عن الشافعي: أن الوجوب باقي إن صحت عنه الرواية، قال الجلال: وأما استدلالهم بأنه ثبت نسخ الوجوب وبقي الجواز، وإذا نسخ الوجوب باقي الندب أي في سائر القرب إلى الله، ولو جعلت للوارث فوهم، فإنما يبقي ما كان من أصله قبل الوجوب، ولذلك لم يبق جواز ذبح إسماعيل، ولا جواز ثبات المسلم الضعيف لعشرة كفار أقوياء بعد نسخ الوجوبين، ونحو ذلك، وذلك لأن حكم ذبح إبراهيم لولده خاص به، وثبات الواحد للعشرة كان في صدر الإسلام خاصاً بهم، فلما كثر المسلمون نسخ ذلك، وزال الجواز والندب، وإلا فكلامهم مبني على أن الندب والجواز جنس للواجب، وهو ساقط، لأن عدم العقاب على الترك من لوازم المندوب، ولوازم الأعم لازم للأخص، فكان يلزم أن لا عقاب على ترك الواجب ..
إلى أن قال في دلالة الخبر على نفي الوصية الخاصة: فالظاهر منع الوصية مطلقاً، وإن كان سياقه لمنع خاص داخل تحت عموم آية الوصية)). انتهى مختصراً.

(580/2)

قال في (منحة الغفار) وأراد بقوله: ((نفي الوصية الخاصة)) أي التي للوالدين والأقربين التي في آية البقرة، ولفظ: {وَالأَقْرَبِينَ} عام لكل من شمله قوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((قد أعطى كل ذي حق حقه)) فلما سوَّى في العموم في الوارث فلا أدري لم قال: فالظاهر منع الوصية مطلقاً، وكأنه يريد الوارث بالفعل، والوارث بالقوة، وهو المحجوب، ولعله مراده، ولذا قال: وإن كان سياقه لمنع خاص.

وقوله: ((تحت عموم آية الوصية)) يريد بها قوله تعالى: {مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا } [النساء: 12] لا تنافي آية المواريث.
وأجاب الآخرون عن حجة الأولين: بأن النسخ دل على عدم رفع وجوب الوصية، وأنها لا يبقى لها حكم شرعي، وبقي جوازها، قالوا: لأن الوجوب صفة زائدة على الجواز.
قلنا: نعم لو لم يرد هذا الخبر، فإنه ينافي جوازها، إذ وجوبها قد علم نسخة من آية المواريث، كما قال ابن عباس: ((كان المال للولد والوصية للوالدين والأقربين ..)) إلى آخره، فلم يبق للآية حكم بالنظر إلى الوارث، لا من جهة دلالتها على الوجوب، ولا من جهة الجواز.
وفي (المنار): كانت الوصية للوارث قبل بيان الميراث، وأحال الله سبحانه فيها على المعروف، ولا شك أن من المعروف إيثار الأقرب فالأقرب، فحين كان في علم الله سبحانه قصور العقول عن معرفة كيفية الاستحقاق، كما قال تعالى: {لاَ تَدْرُونَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ نَفْعًا } [النساء: 11] تولى سبحانه توزيع الميراث عليهم بحسب علمه وحكمته، فقال صلى الله عليه وآله وسلم: ((إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث)).

(581/2)

ولكن يبقى الوارث داخلاً تحت عموم أدلة الوصية، لأن الظاهر في الحديث نفي الوصية الخاصة التي أزالتها آية التوريث، لكن تظافرت أحاديث على منع الوصية للوارث مطلقاً، فالظاهر منعها مطلقاً، وهذا الحديث من حيث لفظه يحتمل تعميم المنع، وإن كان سياقه بمنع خاص كسائر العمومات معمم للأسباب. انتهى.
وذكره البدر الأمير في (منحته) بلفظه، قال: وكل هذه الأدلة مبنية لآية المواريث بقوله: {يُوصِيكُمْ اللَّهُ ..}[النساء:11] وغيرها الناسخة لآية {كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمْ ..}[البقرة:180] في البقرة الناطقة بوجوب الوصية للوالدين والأقربين. انتهى.
هذا وقد اتفق الجميع، ما عدا الشافعي، على: نسخ آية الوصية باعتبار الوارث، وإنما اختلفوا في تعيين الناسخ، فعند الأولين، وبه قال مالك، وهو قول الجمهور بآية المواريث لنزولها بعد آية الوصية، والسنة الناطقة: بـ((أن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث)) مبينة لدلالة حديث ابن عباس المتقدم وغيره، ولا يلزم من هذا أنه من نسخ القرآن بالسنة، بل من نسخ القرآن بمثله، والسنة مبينة لذلك.
وعند الآخرين ومن تابعهم من أئمة التفسير قالوا بحديث: ((إن الله قد أعطى ...)) آخره، لأنه المتلقى بالقبول.

ومنع الشافعي نسخ الكتاب بالسنة المتواترة، واحتج بقوله تعالى: {نَأْتِ بِخَيْرٍ مِنْهَا أَوْ مِثْلِهَا } [البقرة: 106] والسنة ليست مثل القرآن، ولا خيراً منه.

(582/2)

قلنا: المراد بقوله تعالى: {نَأْتِ بِخَيْرٍ مِنْهَا أَوْ مِثْلِهَا } [البقرة: 106] الحكم، ولأن السنة المتواترة حجة فوجب العلم، فجاز نسخه بها كالكتاب.

احتج الجمهور بقوله تعالى: {لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ } [النحل: 44] والنسخ نوع بيان، قال أبو السعود في تفسير (آية الوصية) المذكورة ما لفظه: ((كأن هذا يريد الذي أفاد قوله تعالى: {كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ} [البقرة: 180] في بدء الإسلام، ثم نسخ عند نزول آية المواريث بقوله صلى الله عليه وآله وسلم ((إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه ، ألا لا وصية لوارث)) فإنه وإن كان من أخبار الآحاد لكن حيث تلقته الأمة بالقبول، فانتظم في سلك المتواتر في صلاحيته للنسخ عند أئمتنا، على أن التحقيق أن الناسخ حقيقة هو آية المواريث، وإنما الحديث مبين لجهة نسخها، ببيان أن الله تعالى قد كان كتب عليكم أن تؤدوا إلى الوالدين والأقربين حقوقهم بحسب استحقاقهم من غير تبيين لمراتب استحقاقهم ولا تعيين لمقادير أنصبائهم، بل فوض ذلك إلى آرائكم، حيث قال: {.. بِالْمَعْرُوفِ} [البقرة: 180] . أي بالعدل . فالآن قد رفع ذلك الحكم عنكم، وتولى تبين طبقات استحقاق كل واحد منهم، وتعيين مقادير حقوقهم بالذات، وأعطى كل ذي حق منهم حقه الذي يستحقه بحكم القرابة، من غير نقص ولا زيادة، ولم يدع ثم شيئاً فيه مدخل لرأيكم أصلاً حسبما تعرب عنه الجملة المنفية بـ (لا) النافية للجنس، ومستديرها بكلمة التنبيه)) .

انتهى.

(583/2)

وقد اشتهر عند الفقهاء: أن آية الوصية نسخت بآية المواريث، وبالخبر لتلقي الأمة له بالقبول، وصرح بذلك في (الكشاف) وفي (الكشف على الكشاف) وأطال البدر الأمير في (المنحة) الكلام على الحديث وذكر فيها.

وفي (سبل السلام): دلالته على التحريم كالجمهور ..

إلى أن قال في (منحته): وأنه تعالى لعلمه وحكمته عين لكل أحد الحق الذي يستحقه في

علمه تعالى، ولم يبق له حق يزيده الموصي فإنه تعالى لو قضت حكمته بزيادة لأي وارث على ما عينه تعالى لما أهمله، لا سيما وقد قال تعالى في آخر الآية: {لاَ تَدْرُونَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ نَفْعًا فَرِيضَةً مِنْ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا}[النساء:11].

فأفاد أن علمه وحكمته قضت بما عينه بالنص فالزيادة عليه كالنقصان فيه مخالف لعلمه وحكمته وفريضته التي فرض، وليس الزيادة على ما فرض الله للوارث بالوصية له، إلا نظير الزيادة في فرائض الزكوات ونحوها، والزيادة في مقادير الحدود، كل ذلك لا يحل.

وأما حديث سعد، فقد أفاد: أنه تعالى أباح لهم ثلث أموالهم في الوصية في القرب لغير الوارث، وبه تجتمع الأحاديث والآية، ويقوي مذهب زيد والفريقين.

(584/2)

إلى أن قال: وإذا عرفت ما أسلفناه عرفت أن قوله تعالى في آية المواريث: {مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ}[النساء:12] مراد به الوصية بالثلث فدونه لغير الوارث، وأن الوارث غير مراد، وإلا لكان المعنى من آية المواريث {يُوصِيكُمْ اللَّهُ فِي أَوْلاَدِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنثَيَيْنِ}[النساء:11] أن يكون له ذلك من بعد ما توصون له به.

فيفيد إيجاب الوصية للوارث، وأنه لا يستحق ما عينه له من السهم الذي فرضه إلا من بعد أن يوصي له الميت بشيء، فيستحقه، ويستحق سهمه الذي عينه الله، وهذا - أي وجوب الوصية للوراث - لا يقول به أحد، إنما الناس بين قائلين: قائل: تحرم عليه الوصية، وقائل: تندب له، ولأن حديث: ((لا وصية لوارث)) ينافي هذا - انتهى كلامه باعتبار ما ذهب به.

أولاً: أن النهي في الخبر للتحريم، فيبقى كلامه للأولين، وسيأتي كلامه آخر، وأما سقوط قول الآخرين أن المندوب جنس للواجب أن المعروف في الأصول القول بأن المباح جنس للواجب وهو الذي اختاره صاحب الفصول.

وأجيب: بأن معنى كونه جنساً لشيء، كون جزؤه الأعم متركباً منه ومن غيره، كالحيوان جنساً للإنسان، لأن جزؤه الأعم متركباً منه ومن الناطق، وأن كل ما لزم الجزء من لازم لزم الكل، ولا عكس، والمباح ليس بهذه المثابة والحق أن الواجب ليس بقسم منه، وإنما هو قسيم له، كلاهما قسمان من مطلق الحكم، فصح سقوط ذلك - انتهى.

(585/2)

وفي (تخريج الفرائض) بعد ذكر الخبر، وآية الوصية، ما لفظه: ((وإلا فآية المواريث لا تعارضها، بل تؤكدها، من حيث: أنها تدل على تقديم الوصية مطلقاً، وأما الحديث فلا يصلح ناسخاً، والتلقي بالقبول لا يخرجه عن الآحاد، وليس من تواتري الفرع آحادي الأصل ليصلح ناسخاً على مذهب أبي حنيفة، كيف ولم يذكره من الخلف: البخاري، ومسلم، والنسائي، ومن السلف: مالك.

والحق: أن آية الوصية مجملة، بيّنها قوله تعالى: {يُوصِيكُمْ اللَّهُ فِي أَوْلادِكُمْ }[النساء:11] وقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((ألا لا وصية لوارث)) بيّن أن المنفي: هو الوصية في قوله تعالى: {مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ }[النساء:11] لا المثبت في قوله تعالى: {كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمْ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ}[البقرة:180]، وقوله: {يُوصِيكُمْ اللَّهُ فِي أَوْلادِكُمْ } [النساء:11] فإن الوصية في عرف الشرع يطلق عليها وعلى غيرها من الأوامر والنواهي والمواعظ)). انتهى.

وأنت خبير برجحان هذا القول؛ لما فيه من الجمع بين الأدلة والعمل بها جميعاً من دون ارتكاب نسخ، بل تكون آية المواريث مبينة لمجمل آية الوصية والحديث مخصصاً بعموم قوله تعالى: {مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ }[النساء:11] والله أعلم)) . انتهى بلفظه.

واختلفوا - أيضاً - ما هو المنسوخ من آية الوصية؟

(586/2)

فذهب طاووس، وقليل من أهل العلم، إلى أنها منسوخة في حق الأقارب الذين لا يرثون لعدم السبب، وبقي وجوبها في حق الذين لا يرثون لمانع، كالأبوين الكافرين، أو العبيد، ويحكي هذا القول عن الحسن، وقتادة، والضحاك، وإسحاق بن راهوية.

ويروى عن ابن عباس، ونسبه في (البحر) إلى الضحاك - هو ابن مجلد - وأبي حيران، وأبو مجالد، وزاد في (الانتصار): الزهري، وداود، ولم يذكر أبو مجالد.

وقال طاووس: إن الوصية كانت قبل الميراث، فلما نزل الميراث نسخ من يرث وبقيت الوصية لمن لا يرث، فهي ثابتة لغير الوارث، فمن أوصى لغير ذي قرابته لم تجز وصيته.

وقال أكثر أهل العلم: نسخ وجوب الوصية في جميع الأقربين، ثم منع من الوصية للوارثين واستحبت لغير الوارثين، وهو قول ابن عمر، ومجاهد، والشعبي، والنخعي، والسدي، ومالك، والشافعي.

إذا عرفت هذا فاعلم: أن أدلة هذا الباب وردت مطلقة، كحديث الباب، وشواهده المذكورة،،

ومقيدة بزيادة: ((إلا أن يشاء الورثة ..)) من طريق ابن عباس مرفوعاً بلفظ: ((لا وصية لوارث ، إلا أن يشاء الورثة)) عند البيهقي بإسناد حسن، بلفظ: أخبرنا أبو بكر أحمد بن محمد بن احمد بن الحارث الفقيه، أنا علي بن عمر الحافظ، ثنا أبو بكر النيسابوري، ثنا يوسف بن سعيد، ثنا حجاج، ثنا ابن جريج، عن عطاء، عن ابن عباس .. إلى آخره .

وأخرجه الدارقطني موصولاً من طريق عطاء، عن عكرمة، عن ابن عباس مرفوعاً بلفظه.

وأخرجه أبو داود من مراسيل عطاء الخراساني، وعطاء لم يدرك ابن عباس، وقد روي من وجه آخر عن عطاء، عن عكرمة، عن ابن عباس مرفوعاً.

(587/2)

قال عبد الحق في (أحكامه): وقد وصله يونس بن راشد، فرواه عن عطاء، عن عكرمة، عن ابن عباس مرفوعاً، فيما أخرجه البيهقي، والدارقطني جميعاً، من طريق عبيد الله بن عبد الله بن عبد الصمد بن المهتدي بالله، ثنا أبو قلابة، وفي نسخة: أبو علاثة محمد بن عمرو بن خالد، ثنا أبي ثنا يونس بن راشد، عن عطاء الخراساني .. إلى آخره.

وأخرجه الدارقطني من حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال في خطبة يوم النحر: ((لا وصية لوارث إلا أن يجيز الورثة)) وفي إسناده سهل بن عمار كذَّبه الحاكم.

وذكر ابن حزم بهذا الخبر بلفظ: فإن قيل: فقد رويتم من طريق عطاء بن أبي رباح، وعبد الله بن عبد الرحمن بن أبي حسين، وقال: إنه مرسل، قال: وزاد عطاء في حديثه: ((وإن أجازوا فليس لهم أن يرجعوا)) لم يثبت ذلك عنهما، والمعروف من طريق عطاء الإرسال، لكن وصله جيد الإسناد.

ذكره في (الميزان)، وأخرجه ابن عدي في (الكامل) من طريق شعيب، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده بلفظه من دون: ((إلا أن يجيز الورثة)).

وقال: أرجو أنه مستقيم الرواية، وفي إسناده سهل بن عمار، قال الزيلعي في (الميزان): سهل بن عمار بن عبد الله العيش قاضي هراة، ثم قد كان قاضي طرطوس، وهو شيخ أهل الرأي، قاله أبو حاتم، وقال أبو إسحاق الفقيه: كذاب، وعن إبراهيم السعدي قال: إنه يتقرب إلي بالكذب. انتهى.

(588/2)

وأخرجه البيهقي بلفظ: أخبرنا أبو بكر الأصبهاني، أنا علي بن عمر الحافظ، ثنا أبو عبد الله بن عبيد الله .. إلى آخره، ثم قال: عطاء الخر اساني غير قوي ، قال ابن قطان في كتابه: يونس بن راشد قاضي خراسان، قال أبو زرعة: ((لا بأس به)) وقال البخاري: ((كان مرجياً)).

وأخرجه البيهقي، والدارقطني - أيضاً - من طريق عمرو بن خارجة، أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال: ((لا وصية لوارث إلا أن يجيز الورثة)).

وذكر في (التلخيص) حديث ابن عباس: ((لا تجوز الوصية لوارث إلا أن يشاء الورثة)) ويروي ((.. إلا أن يجيزها)) الدارقطني من حديث ابن عباس باللفظ الأول، وأبو داود في (المراسيل) من مرسل عطاء الخراساني، وصله يونس بن راشد، فقال: عن عطاء، عن عكرمة، عن ابن عباس.

أخرجه الدارقطني، والمعروف المرسل، ورواه الدارقطني من حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، وإسناده واهٍ.

وأخرجه الدارقطني - أيضاً - من حديث عمرو بن خارجة باللفظ الثاني بسند حسن - انتهى.

دلت الأدلة على ثبوت هذه الزيادة، وهي مقيدة؛ لما في أدلة الباب وشواهده من الإطلاق، وهي مقبولة عند جمهور الأصوليين، ونفي الجواز في الحديث ينافي الندب، ثم لا وصية، صرحوا بأنه ينصرف إلى نفي الصحة كما علم في الأصول، لأنها أقرب المجازات إلى نفي الحقيقة مع عدم استقامة نفي الكمال هنا، ونفي صحتها ينافي انعقادها المستلزم، لعدم لزومها، وهو المطلوب - انتهى.

(589/2)

ولفظ (المنحة) على قول الجلال: إلا أن يجيز الورثة، فهو كالإعلام بأن هذا المال الذي يوصي به من يرثونه قد صار لهم، فإن أجازوا فهو كالعطية منهم، ولفظ (البحر): ((وإجازة الورثة تقرير لفعل الموصي.

قال في (المنار): "ولا شك في هذا كما لحقت الإجازة في غيره كالبيع، والإجازة ليست بتمليك مبتدأ، وحديث: ((لا وصية ..)) إنما يقتضي عدم نفوذها، كما أنه لا يصح البيع إلا من مالك - أي لا ينفذ")) - انتهى.

وفي (سبل السلام) للأمير: ((وقوله: ".. إلا أن يشاء الورثة" دل على أنها تصح وتنعقد الوصية للوارث إن أجازها الورثة)) .. إلى أن قال: ((وإن الظاهرية ذهبت إلى أنه لا أثر لإجازتهم، والظاهر معهم؛ لأنه صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن الوصية للوارث ، قيدها بقوله: ((...إلا

أن يشاء الورثة)) وأطلق لما منع من الوصية بالزائد على الثلث، وليس لنا تقييد ما أطلقه، ومن قيد هنالك، قال: إنه يؤخذ القيد من التعليل بقوله: ((إنك إن تذر...))إلى آخره.

فإنه دل إلى أن المنع من الزيادة عن الثلث مراعاة لحق الورثة، فإن أجازوا سقط حقهم ولا يخلو عن قوة هذا في الوصية للوارث)) . انتهى .

قال الحافظ ابن حجر على حديث ((.. إلا أن يشاء الورثة)) أن لها طرق يقوي بعضها بعضاً، وإن صحت الزيادة هذه فلا يخفي أنه مستثنى منقطع، لأن المراد: ((..إلا أن يشاء الورثة)) أن يوصي مورثهم جاز له أن يوصي للوارث أو ندب، وهو إخراج من الإيجاب، أي لا تجب الوصية للوراث إلا أن يشاء الورثة ويأذنوا له جاز له، وهذا هو الاستثناء المنقطع، وهو غير مخرج من الإيجاب . انتهى .

(590/2)

ووجدت على هذا بخط سيدي الوالد العلامة الحجة في زمانه، أحمد بن محمد بن يحيى السياغي . رضي الله عنه . ما لفظه: ((لا يخفى بعد هذا التأويل على الناظر، ولا ملجئ للخروج عن القاعدة المقررة، وهو أن الأصل في الإستثناء الإتصال، وأن معنى الحديث الظاهر لا يجوز وصية لوارث على أي حال من الأحوال، ويدل عليه: أنه ورد في هذا الحديث: ((لا تجوز وصية لوارث)) فصرح بعدم الجواز لا عدم الوجوب، ويكون الإستثناء متصلاً مستقيماً . انتهى.

وقد بَسَط البدر الأمير في (المنحة) الكلام في هذه المسألة، وقرر فيها وفي (سبل السلام) التحريم ، ثم ذكر في هامش (المنحة): أنه ظهر له بعد أعوام تحقيق غير هذا، وهو: أن الحديث في نفي الوصية التي أوجبها الله على المؤمنين في آية البقرة، فقوله: ((...لا وصية لوارث)) . أي لا تجب الوصية التي دل على إيجابها آية البقرة، ولما ثبت أنه حق لمن عينه، فلا يجوز تصرف الوصية فيه، ولكنه لما أذن الله في ثلث ماله يضعه حيث شاء دخل الوارث، فيصح الإيصاء من الثلث ندباً، ويحرم من الثلثين له ولغيره، لأنهما حق لمن عينه الله.

وقد بَسَطْت البحث في رسالة مستقلة سماها: ((إقناع الباحث بإقامة الأدلة بصحة الوصية للوارث)) قال: وبينت فيها أنه لا يتم الاستدلال بلا وصية لوارث على وصية التبرع، لأنها جملة تفرعت عن إعطاء الله كل ذي حق حقه، فلا ولا . أي لا تجب للوارث كما كان أوجبها في آية البقرة . ولذا قال: إن الحديث نسخ الآية، فالنسخ للإيجاب، ولا يصح الاستدلال بالحديث على وصية التبرع.

وكان البحثُ عن الرسالة المذكورة، فظفرت بها بحمد الله بعد مزيد البحث، فإذا هي مشتملة رجوعه عما قرره في (منحة الغفار) و(سبل السلام) من عدم صحة الوصية للوراث.

وخلاصة ما قرره في رسالته المذكورة: صحة وصية التبرع للوارث، وقرر أولاً: وجوب الوصية للوالدين والأقربين في صدر الإسلام بآية البقرة.

ثم قرر نسخها بآية الفرائض أو بحديث ((لا وصية لوارث)) وبين سبب نزول آية الفرائض في أحد الروايات، أنه مرض جابر بن عبد الله المذكور في ذوي السهام، قال: فلما نزلت هذه الآية الشريفة نسخت آية البقرة، فلم يبق للوصية إيجاب على من حضره الموت.

أخرج أبو داود، والنحاس، وابن المنذر، وابن أبي حاتم، وغيرهم عن ابن عباس، قال: ((كان المال للوالدين..)) فنسختها آية المواريث.

وذكر في (الثمرات) مثل كلام ابن عباس لعلي عليه السلام، وعائشة، وابن عمر، وعكرمة، ومجاهد، قال: وهو قول أهل البيت، وأبي حنيفة، والشافعي ـ انتهى.

والأكثر: أن الناسخ لآية البقرة حديث ((.. لا وصية لوارث)) وإن كان آحادياً وهو ظني، والظنى لا ينسخ القطعي، وهي الآية عند الحنفية، فقد ذكر جار الله، وأبو السعود: أنه وإن كان آحادياً فهو متلقى بالقبول، فنسخ به القطعي كما ينسخ بالمتواتر.

وذكر عن أبي السعود: أن آية البقرة نسخت بقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((.. إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه)) ثم قال: على أن الناسخ آية الفرض، وإنما الحديث مبين لجهة نسخها ..

إلى أن قال: إذا عرفت هذا، عرفت أن قوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((.. لا وصية لوارث)) جملة متفرعة من الجملة الأولى، ولذا أتى بعد بقاء التعريف، والجملة الأولى هي قوله: ((.. إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه)) كأنه يقول: إذا كان الله قد أعطى كل ذي حق حقه الذي يستحقه في علم الله، فلا تجب وصية لوارث، إذ الوصية التي أوجبها الله عليكم في آية البقرة كان إيجابها قبل إعطاء الله كل ذي حقه من الورثة، أي قبل بيان مقادير الحقوق.

فلما بينها تعالى، وتولى بيانها بنفسه ونصه، فلا يجب عليكم الإيصاء للوالدين والأقربين، بل ـ سبحانه ـ عين ذلك، وتولاه بعلمه وحكمته، ولذا ختم آية المورايث بقوله: {فَرِيضَةً مِنْ اللَّهِ إِنَّ

اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا} [النساء: 11] فبعلمه وحكمته قدّر أنصباء المواريث، وبيّن الوارثين، وبهذا يعرف وجه قوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((.. لا وصية لوارث)) لأنه الذي كان قد أوجب الله الوصية له، ثم نسخها الله فلم يبق له وصية إنما خصه الوارث.

وأما غير الوارث، فإن الله تعالى يوجب له حقاً حتى يقول في الحديث: ((ولا لغيره)) إلى أن قال: ولا دخل للوصية التي تسرع بها الميت، ولكن الناظرين لم يتحققوا البحث على وجهه، بل ينتزعون بعض لفظ الحديث وهو آخره، غير ناظرين إلى أوله، ولا إلى سياقه، ولا إلى تفاسير الصحابة.

(593/2)

وإذا تقرر: أن الحديث في نفي الوصية الواجبة، وأن النفي متوجه إلى الإيجاب، وأن معنى: ((أن الله قد أعطى كل ذي حق حقه)) وهو من أوجب الله عليكم الوصية، فلا تجب على من حضرهُ الموت الإيصاء لوارث من الوالدين والأقربين وصية التبرع التي فيها نزاع العلماء، وأنهم بين منفذ لها، وراد لها في حديث: ((.. لا وصية لوارث)) أصلاً، ولا يصح أن يستدل على نفيها بلا وصية لوارث.

ولا يقال: إنه تخصيص لوصية التبرع في عموم: ((لا وصية لوارث)) لأنا نقول: ما دخلت تحت العموم، لأنه لا ذكر لها، وهب أنها دخلت تحته، فهي مخصصه بالسياق، فإنه يخص به العمومات القرآنية وغيرها ..

إلى أن قال في وصية التبرع: إن الله قيد آية المواريث التي حكم فيها باستحقاق الورثة لأنصبائهم من الآباء والأبناء وكل واحد من الزوجين مقيد بأمرين بقوله تعالى: {مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ } [النساء: 11] فاستحقاق الوارثين لما عينه الله لهم، لا يكون إلا بعد إخراج ما أوصى به من حضره الموت، وإخراج دينه الذي في ذمته، فإذا خرج من التركة ما ذكرنا صارت بقية التركة للورثة، لا يتصرف فيها من حضرته الوفاة بشيء، لكنه لما ثبت حديث سعد بن أبي وقاص وأذن له صلى الله عليه وآله وسلم أن يتصدق بثلثه.

وذكر حديث أبي هريرة عند ابن ماجة، ((إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم)) وسنذكره ..

(594/2)

إلى أن قال: فتقرر: أنه بقي للموصى ثلث ماله يصرفه فيه فيما شاء من القرب النوافل من الصدقات، والأوقاف، ونحوها، وأما الثلثان فليس له فيهما حق، بل قد جعلها الله حق للوارث، وسماها حقاً، وقال: إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية من حق الغير ولا يجوز له التصرف فيها بحال، لأنها حق الغير، ومن هنا استفدنا: ((أنه لا وصية لوارث)) ولا لغيره من الثلثين، لأنهما حق للغير ولا حق للميت فيهما، ووصية التبرع غير داخلة في حديث: ((.. لا وصية لوارث)) إذ هي وصية إيجاب نسخت، فلا يستدل به على عدم صحة وصية التبرع، والتقرب، والندب، كما قاله فقهاء المذهب.

بل هذه تنفذ، وتصح من ثلثه الذي جعل الله له يتقرب به كيف شاء فيدخل فيه تصدقه على وارثه والإيصاء له منه، وأنه كما يصح أن يعطيه من ثلثه قبل موته اتفاقاً يصح الايصاء له؛ لعدم الدليل على منعه، بل وللدليل على الحث على الوصية للأقارب والأرحام.

وذكر حديث أبي طلحة بتصدقه ببيرحاً، وجعل أدلة الحث على التصدق على قرابة المتصدق يدخل فيه الوارث دخولاً أولياً وأولوياً، لكن لا يخفى أنا وإن قلنا: بجواز الوصية للوارث من الثلث أو من الكل أن أذن الوارث فإنه لا يجوز أن يفضل بعض أولاده على بعض في ذلك، لوجوب المساواة بين أولاده في العطية في الحياة وبعد الموت.

(595/2)

كذلك قيده صلى الله عليه وآله وسلم جوراً والجور محرم حياة وموتا لا يحل بحال من الأحوال، ثم قال: إن قلت: قوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((.. لا وصية لوارث)) من ألفاظ العموم، لأن وصية نكرة في سياق النفي، فهي من ألفاظه، وإن كان السبب الذي وردت فيه خاصاً وهي نفي الإيجاب الدال عليه آية البقرة فيشمل بعمومه وصية التبرع للوارث التي هي محل النزاع بين القائلين بإثباتها والقائلين بعدم صحتها، فإن هذا الحديث هو الدليل على عدم صحتها عندهم، ولذا يقول أئمة الأصول: ((العبرة بعموم اللفظ، لا بخصوص السبب)).

قلت: نعم .. هذا هو المختار لأئمة الأصول: أن العام لا يقصر على سببه، بل يعم السبب والإفراد المساوية لسببه في السببية، ثم ذكر حديث دباغ الأهاب طهوره أنه عام لكل أديم، مع أن سببه خاص، وهو شاة ميمونة.

قالوا: فيعم كل أديم لعموم لفظه، وإن كان سببه خاصاً وسبب حديث: ((لا وصية لوارث)) نفى الإيجاب الذي كان ثابتاً، ووصية التبرع سببها ندب الإيصاء عند فقهاء المذهب، فلم يشملها: ((.. لا وصية لوارث)) لعدم إتحاد السبب، بخلاف دباغ الأديم طهوره، فإن السبب

متحد في كل أديم لميتة، وهو الموت، ولأن سلمنا أنه يشملها لوارث إيجابا ولا ندباً نفي الإيجاب ونفي الندب لا يلزم منه التحريم لا لغة ولا شرعاً.
وحينئذ فيبقي الجواز . أي: لا تجب، ولا تندب . لكنها تجوز للوارث، فإن جازت وأوصى بها وجب تنفيذ وصيته، لأنه أوصى بحكم جائز، فبأي وجه نحرمه ؟!

(596/2)

ونقول: لا تنفذ، فإن الحكم بالتحريم مركب صعب لا يجوز الجزم به، إلا بأدلة قاهرة، كما لا يخفي، ومن قال: أنه إذا نسخ الوجوب بقي الندب فهو وهم، مبني على غلط، وهو أن الندب جنس للواجب.
وقد تقرر في الأصول، وقواعد المنطق: أنه لا يصح أن يكون جنساً له، ونسخ إيجاب الوصية للوارث نظير نسخ وجوب صوم يوم عاشوراء، ثم بقي الجواز بصومه، ولا أعرف صومه إلا من حديث: ((من صام يوم عاشوراء ..)) إلى آخره.
نعم قد يقال هذا في الوصية: أنه لا كلام أنه بقي الجواز بعد نسخ الوجوب، إلا أنه يدل لندبها قول سعد، وذكر حديثه، قال: والصدقة مندوبة قطعاً فهو نظر استفادة صوم عاشوراء من الدليل الخارجي، لا من نسخ الإيجاب للندب حديث: ((إن الله جعل لكم ثلث أموالكم)) تقدم قريباً، ثم أنه ورد من طريق في حديث أنه: ((..لا وصية لوارث)) زيادة: ((..إلا أن يشاء الورثة)).
وذكر كلام الحافظ ابن حجر المذكور آنفاً، ثم قال: ثم لا يخفي أن مشية الورثة إنما تعتبر فيما لهم فيه حق، وهو الثلثان من التركة، لا الثلث الذي جعله الله حقاً لمورثهم يضعه حيث شاء، فإذا أذنوا له إخراج ما أوصى به من ثلثيهم، لأنه الذي لهم فيه حق ينفذ فيه أذنهم.
أما ثلثه فإنه لا يحتاج إلى أذنهم، وأما ثلثاهم فبإذنهم تندب فيه الوصية، ثم الإستثناء معناه: أنه لا وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة الوصية للوارث، فهو دليل على جواز الوصية للوارث من حق الورثة الذي أذنوا له، وإنما يتعلق أذنهم بما لهم فيه حق، وهو الثلثان الذي ورد فيهما: ((أن الله قد أعطى كل ذي حق حقه)).

(597/2)

وأما الثلث الذي له فلا حق لهم فيه، ولا يفتقر إلى أذنهم في تصرف مؤرثهم إتفاقاً بين الأمة، فيضعه حيث يشاء في الوراث، وغيره، لإطلاق الحديث، فإنه جعل الله له الثلث، بل ورد عند الدارقطني: ((لا وصية لوارث إلا من الثلث)) وإن كنت لا أعرف صحته من حسنه من ضعفه، لكنه يؤيد الإطلاق الذي قررناه، فإن معناه شمل ما ورد من الأحاديث مع زياداتها، لأن التركيب هكذا أن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة، أو إلا من الثلث فمشية الورثة أفادت جوازها للوارث من ثلثيهم، وزيادة: ((إلا من الثلث)) أفادت ندبها للوارث من ثلث الميت، وزاده صلى الله عليه وآله وسلم بياناً؛ لكونه لا يشترط فيه أذن الورثة كما يشترط في الوصية من ثلثيهم . انتهى مختصراً.

وإنما وسعنا الكلام في هذه المسألة، لما عرفت أنها من معارك أنظار علماء السلف والخلف، وأنت خبير: بأن محل النزاع بين العلماء في وصية التبرع للوارث من المؤرث من الثلث المذكور في حديث أبي هريرة، وغيره مرفوعاً، عند ابن ماجة، والدارقطني، عن معاذ بن جبل. وأخرجه أحمد والبزار من حديث أبي الدرداء مرفوعاً، بلفظ: ((إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم ..)) إلى آخره ، وسيأتي الكلام عليه في الحديث الآتي . إن شاء الله تعالى.

قلت: والذي يظهر في وصية التبرع للوارث . والله أعلم . ما قاله الجمهور: بعدم جوازها للوارث على أي حال من الأحوال، لما في بعض طرق الخبر عند الدارمي، وابن ماجة، بسند حسن، من طريق عمرو بن خارجة الجمحي مرفوعاً، بلفظ: ((إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا تجوز وصية لوارث)) .

(598/2)

وأخرج البيهقي في سننه وسكت عن رجاله من حديث عمر بن خارجة . أيضاً . مرفوعاً، بلفظ: ((إن الله قد قسم لكل إنسان نصيبه ، فلا تجوز لوارث وصية)) .

ورواه حماد بن سلمة، عن قتادة . السالف ذكره . وقد دل على ما وجدتُ ذكرنا بخط سيدي الوالد العلامة . رضي الله عنه . المذكور على كلام الحافظ ابن حجر، فصرح بعدم الجواز لا بعدم الوجوب، حتى يقال ببقاء الندبية والإستحباب، ويكون الاستثناء متصلاً مستقيماً. انتهى.

هذا وقد عرفت كلام (المنار) المذكور آنفاً، بلفظ: ((لكن تظافرت الأحاديث على منع الوصية للوارث مطلقاً، فالظاهر منعها مطلقاً)).

وما تقدم عن الجلال: من أن الظاهر المنع مطلقاً، ودلالة حديث عمرو بن خارجة على عدم جوازها للوارث على أي حال من الأحوال.

ويؤيد ما تظافرت به الأحاديث على المنع مطلقاً، ولما في صريح الأحاديث من التعليل من لفظ: ((إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه)) و((أن الله قد قسم لكل إنسان نصيبه)) لبيان عدم بقاء أي وجه للوارث في الإيصاء له من مؤرثه.

والإيتاء بالجملة الإسمية المؤكدة بـ(أن) لدلالة عموم الأحوال المعتضدة بما تقدم في: ((لا وصية ..)) وما في حديث عمرو بن خارجة بلفظ: ((فلا تجوز وصية لوارث)) أن لفظ ((وصية)) نكرة في سياق النفي تفيد العموم ـ أي كل وصية ـ ولأن كل ذلك جملة متفرعة من الجملة الأولى التي هي قوله: ((إن الله قد أعطى ..)) وقوله: ((إن الله قد قسم)) ولذا أتى فيها بفاء التفريع، كأنه يقول: إذا كان الله قد أعطى كل ذي حق حقه الذي يستحقه في علم الله فلا تجوز أي وصية لوارث.

(599/2)

ويخص الوارث من عموم دلالة: ((إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم ..)) إلى آخره الآتي ذكره، وإلا تعطلت أدلة الباب من الفائدة، لعدم الفرق بين الوارث وغيره في وصية التبرع بالثلث فما دون؛ لما عرفت من ثبوت نسخ وجوب الوصية الثابت بآية البقرة في صدر الإسلام بآية المواريث بعد أحد وأدلة الباب في حجة الوداع.

وليس في كلام البدر الأمير ما يدل على خبر عمرو بن خارجة، فلعله لم يطلع عليه، ولا في حجج الهادي ومن تابعه ما يدل على إطلاعهم عليه، وهو حجة في محل النزاع، فيصير الثلث فما دون الذي تصدق الله به على عباده في آخر حياتهم أن يضعوه حيث شاءوا في غير الوارث فعلاً بالنظر إلى الوارث كالثلثين لا يصح إلا أن يشاء الورثة؛ لمنطوق الأدلة المذكورة، ويبقي عموم الخبر فيما عدا الوارث. والله أعلم.

وبقي الكلام في لفظ ((الوارث)) المذكور في لفظ الخبر، قد عرفت ما ذكرنا عن المحقق الجلال بمنع الوصية مطلقاً، وصرح الأمير في ((منحته)) بلفظ: ((فلما سوى بين العموم في الوارث، فلا أدري لما قال: فالظاهر منع الوصية مطلقاً وكأنه يريد الوارث بالفعل، والوارث بالقوة، وهو المحجوب، ولعله مراده)) ـ انتهى.

والذي يظهر ـ والله أعلم ـ أن مراده بمطلقاً عموم الأحوال، وعموم كل وصية، وعلى ذلك يكون مراد المدقق المقبلي بمطلقاً المذكورة في ((المنار)) لأن المراد بالوارث في الخبر هو الوارث فعلاً لا قوة كالمحجوب من الورثة، أي الساقط، فغير مراد بمنطوق صدر الخبر بلفظ: ((إن الله قد أعطى ..)).

وهذا الساقط ممن لم يعط من الفريضة التي سقط فيها فهو والأجنبي وسائر القرابة الذين لا يرثون على سواء، فتجوز لهم وصية التبرع، وتصح، ويجب إخرجها من الثلث إذا وصى بها وجب تنفيذها.

فبأي وجه يحرم الساقط من وصية التبرع؟!

ونقول: لا تنفذ، فإن الحكم بالتحريم مركب صعب لا يجوز الجزم به إلا بأدلة قاهرة، كيف لا .. وقد قامت الأدلة القاهرة المذكورة على خروج الساقط إذ ليس بوارث، والأدلة ناطقة بالوارث، فالحكم بالتحريم معاكسة للأدلة، وحملها على غير مرادها.

وتتعلق بهذه المسألة: إذا أقر المريض للوارث بشيء من ماله، أو بذمته؟

قال البدر الأمير في (سبل السلام): فأجازه الأوزاعي، وجماعة، مطلقاً، وقال أحمد: لا يجوز إقرار المريض لوارثه مطلقاً.

واحتج: بأنه لا يؤمن بعد المنع من الوصية لوارثه أن يجعلها إقراراً.

واحتج الأول بما يتضمن الجواب عن هذه الحجة، فقال: إن التهمة في حق المحتضر بعيدة، وبأنه وقع الإتفاق أنه لو أقر بوارث صح إقراه، مع أنه يتضمن الأقرار بالمال، وبأن مدار الكلام على الظاهر فلا نترك إقراره للظن المحتمل، فإن أمره إلى الله.

قلت: وهذا القول أقوى دليل [لعلها دليلاً]، واستثنى مالك إذا أقر لبنته ومعها من يشاركه من غير الولد كابن العم، قال: لأنه يتهم في أنه يزيد لابنته، وينقص ابن العم، وكذلك استثنى إذا أقر لزوجته المعروف بمحبته لها وميله إليها وكان بينه وبين ولده من غيرها تباعد، لا سيما إذا كان له منها ولد في تلك الحال.

قلت: والأحسن ما قيل عن بعض المالكية واختاره الروياني من الشافعية: أن مدار الأمر على التهمة وعدمها، فإن فقدت جاز، وإلا فلا، وهي تعرف بقرائن الأحوال وغيرها، وعن بعض الفقهاء: أنه لا يصح إقراره إلا للزوجة بمهرها . انتهى .

قلت: والظاهر عدم الفرق بين المحتضر وغيره، أن مدار الأمر على التهمة، وعدمها، فمهما استبان صدق ما أقر به للوارث بأن يكون له ميراث من غير المقر، أو مهر، أو نذر، أو وصية، أو صدقة، أو غلول مال، أو هبة، أو غير ذلك، استغرق المقر ذلك عليه، وثبت ذلك بوجه

جلي، فالإقرار بذلك صحيح بقدر ذلك، والزائد وصية لا يصح، وإلا فلا. والله أعلم.
المسألة الثالثة: قوله: ((ولا لحربي)):
دل على: منع الوصية من المسلم للكافر الحربي، وعدم جوازها على أي حال من الأحوال، سواء كانت من القرابة أو من غيرهم، وسواء كانت الوصية الثلث أو دونه، لم أجد لهذه المسألة شاهداً فيما أعلم. والله أعلم. إلا من باب القياس على الميراث؛ لما عرفت سابقاً من دلالة الأدلة: أنه لا توارث بين أهل ملتين فيما بينهما من الأسباب بالإستحقاق، ولما تقدم، وأن الكفر من موانع الميراث، فكما أنه لا توارث بين أهل ملتين فبالأولى لا وصية للحربي من المسلم.
والوجه في ذلك: أن الأحكام بين المسلمين والحربين منقطعة، وليس لهم ملة، ولا مقرين على شيء، ولا حرمة لأموالهم، ولا لدمائهم عند المسلمين، وكل هذه الأدلة مخصصة؛ لعموم آيات المواريث لمن كان من الورثة حربياً فلا ميراث له من مؤرثه المسلم كما سبق بيانه، فبالأولى أنه لا وصية للحربي.

(602/2)

وفي (الجامع الكافي): ((وروى محمد بإسناده عن سفيان، وشريك، ويحيى بن آدم، أنهم قالوا: لا وصية لأهل الحرب، ولأن الوصية من الحسنة، ولا حسنة في الحربي)). انتهى.
ولما ذكرناه آنفاً: أن الرحم، والقرابة، بالبر والصلة، أولى، كما في آيتي المواريث والوصية، فيكون وجه امتناعهما واحد، وهو الكفر، فإذا امتنع توريث الكافر الحربي القريب لكفره امتنع الايصاء له ولو كان قريباً، وإذا امتنع الإيصاء للكافر الحربي القريب امتنع للبعيد بالأولى، لوجود الوصف في الموصى له المانع له من الميراث والوصية.
ولا خلاف فيما دلت عليه هذه المسألة بين السلف والخلف، وأنها باطلة، نص على ذلك الهادي، لأنها ليست من الحسنات، والإمام المهدي في (البحر)، و(الأزهار): أنها محظورة، إلا عن الشافعي فقال بصحة الوصية للحربي.
والوجه في تخصيص كلام أمير المؤمنين في هذه المسألة: أن الله تعالى نهانا عن برهم، لقوله تعالى: {لاَ يَنْهَاكُمْ اللَّهُ عَنْ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ} [الممتحنة: 8] الآية، فدلت الآية: على أنه لا يجوز الإحسان والبر إلى الحربي، وقد ثبت بالإستقراء: أن الوصية لهم من البر والإحسان فلا تجوز، كما هو منطوق المسألة، وبذلك استدل من منع المَنّ عليه بغير فداء، ولا جزية، ولأن الوصية للحربي من المعاونة على الإثم،

وقد نهى الله عن ذلك.

ولما ثبت: أنهم غير مقرين على دينهم، والمواصلة بينهم وبين المسلمين ممنوعة، والأحكام منقطعة، ولأنهم مباحون المال والدم، ويجحدون حكم الإمام.

(603/2)

ذكره في ((الجامع الكافي)) عن يحيى بن آدم، وفيه: وقال شريك: لو قدرنا على أخذ أموالهم لأخذناها، فكيف نحكم لهم بأموالنا، فيما ذكره محمد بن منصور: وإذا أسلم رجل من دار الحرب، ولحق بدار الإسلام، وخلف في دار الحرب أختاً وأماً، جاز له أن يوصي لها، إن لم يكونوا على محاربة المسلمين، وإن كانوا على محاربة المسلمين لم يجز.

ذكره في ((الجامع الكافي)) وهذا التفصيل يحتج له بقوله تعالى: {لاَ يَنْهَاكُمْ اللَّهُ عَنْ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ} [الممتحنة: 8] فيخص بها ما في حديث الأصل في الحربي المقاتل.

وكلام الشافعي يمكن حمله على غير المقاتل، والوجه في ذلك: أن الوصية ليس من شرطها القربة، وإذا لم يكن من شرطها القربة صحت لهم الوصية، ولأن اعطائهم مباح، ولقوله صلى الله عليه وآله وسلم ((في كل ذي كبد رطبة أجر)).

والمرتد ولو لم يلحق بدار الحرب كالحربي إذ لا ملة له، فلا وصية له من المسلم ولا ميراث.

والمراد بالحربي: من كان من الكفار في دار الحرب، وهي التي شوكتها لأهل الكفر، ولا ذمة من المسلمين عليهم، ولا جزية منهم، وسائر أحكام الحربي، وحكم دار الحرب والمرتد مبسوط في كتب الفروع.

وخلاف العنبري بجواز دفع الزكاة إلى الكافر الحربي قد انقرض بموته، ولا متابع له.

(604/2)

واعلم.. أن المسلم يجوز أن يكون وصياً للحربي، لكن لا يجوز له تنفيذ وصاياه، لما أخرجه أبو داود في ((سننه)) من طريق عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده: أن العاص بن وائل: أوصى: أن يعتق عنه مائة رقبة، فأعتق ابنة هشام خمسين رقبة، فأراد ابنه عمرو أن يعتق عنه الخمسين الثانية، فقال: حتى أسأل رسول الله، فأتى النبي صلى الله عليه وآله وسلم فقال: يا رسول الله، إن أبي أوصى بعتق مائه رقبة، وإن هشاماً أعتق عنه خمسين، وبقيت عليه خمسون

رقبة، أفأعتق عنه؟ فقال صلى الله عليه وآله وسلم: ((إنه لو كان مسلماً فأعتقتم عنه ، أو تصدقتم عنه، أو حججتم عنه بلغه ذلك)). انتهى .

(تنبيه): يؤخذ من مفهوم هذه المسألة: أن الوصية للذمي جائزة، قال ابن حزم: ولا نعلم فيه خلافاً، وقد قال صلى الله عليه وآله وسلم: ((في كل ذي كبد رطبة أجر)) أخرجه أبي سعيد، عن حبيب بن عمر السلاماني.

وفي (الجامع الكافي): قال محمد: وصية مسلم للذمي جائزة، قرابة كان، أو غير قرابة ولفظ (الأزهار) و(شرحه): وتصح الوصية من المسلم للذمي وإن لم يكن معيناً، وتصح لأهل الذمة عموماً، وهو قول الهادوية، ورجح للمذهب، وبه قال محمد بن منصور، وابن حزم، والمحقق الجلال.

وذكره الإمام المهدي في (البحر)، والحافظ ابن حجر في (الفتح) والنووي، وروي عن عمر، وعائشة، وصفية ـ أم المؤمنين ـ وشريح، وغيرهم.

(605/2)

ولا خلاف في جواز الوصية للذمي وصحتها، ولو لم يكن معيناً، سواء كانت بمال أو غيره، خلاف المؤيد بالله فقال: أنها لا تصح للذمي إلا بشرط التعيين، لا على الإطلاق، ذكره في ((الإفادة)) ومثله عن الفقيه علي، والجمهور على خلافه وهو الصحيح، ورجح للمذهب.

قال: وتصح لأهل الذمة، والأصل في ذلك قوله تعالى: {لاَ يَنْهَاكُمْ اللَّهُ عَنْ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ }[الممتحنة:8] دلت على حسن الإحسان إلى الكافر الذمي بصدقة النفل، ونحوها كما في (الثمرات) ونحوها، وهذا يطابق الخبر المذكور: ((في كل ذي كبد رطبة أجر)).

وأخرج البيهقي من طريقين: أن صفية ـ أم المؤمنين ـ قالت لأخ لها يهودي: أسلم ترثني، فرفع ذلك إلى قومه [فسمع بذلك قومه في السنن]، فقالوا: أتبيع دينك بديانك[بدنياك في السنن]؟ فأبى أن يسلم، فأوصت له بالثلث ولم ينكر عليها.

فكان ذلك إجماعاً، وفي ((التلخيص)): حديث صفية أوصت لأخيها، وكان يهودياً بثلاثين ألفاً، البيهقي من حديث عكرمة أن صفية .. وذكر الخبر بلفظه.

ومن طريق أم علقمة: أن صفية أوصت لابن أخ لها يهودي، وأوصت لعائشة بألف دينار، وجعلت وصيتها إلى عبد الله بن جعفر [ابن لعبد الله بن جعفر في السنن] فطلب ابن أخيها فوجد الله قد أفسده، فقالت عائشة: أعطوه الألف الذي أوصت لي به عمته، وأم علقمة مولاة عائشة، والبيهقي أخرجه من طرق، ولم يذكر القدر الموصى به ـ انتهى.

(606/2)

وأخرج الدارمي في مسنده في (باب الوصية لأهل الذمة): حدثنا نعيم، ثنا سفيان، عن ليث، عن نافع، عن ابن عمر، أن صفية أوصت لنسيب لها يهودي، ثنا نعيم، ثنا زهير، عن أبي إسحاق، قال: أوصى غلام من الحي يقال له عياش [عباس في السنن] بن مرثد - ابن سبع سنين - لضئر له يهودية [يهودية في السنن] من أهل الحيرة بأربعين درهماً، فقال شريح: إذا أصاب الغلام في وصيته جازت، وإن [وإنما في السنن] أوصى لذي حق، قال أبو محمد أقول به .

دلت هذه الأدلة على: جواز الوصية للذمي، وصحتها له، قال في (ضوء النهار): إجماعاً، وسواء كانت الوصية بمال معين، أو بالثلث فما دونه.

والوجه في ذلك: أن الوصية ليس من شرطها القربة، بل تجري مجرى الهبة، وإذا لم تكن القربة فيها صحت لهم، لأن إعطاءهم مباح، ما لم تكن بمحظور فمحرم، نحو: أن يوصي للذمي بمصحف، أو بكتاب فيه ذكر رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم، أو بخمر، أو خنزير، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((لا طاعة في معصية)) أخرجه أحمد والحاكم عن عمران.

وأما وصية الذمي للمسلم المعين، أو للفقراء، فتصح بالأولى إجماعاً، والوجه في ذلك: أنها إباحة، فتصح.

والمستأمن كالذمي، قلنا: ذلك إبرار بهم، وإيناس لهم، فلا يجوز، ولا تصح الوصية للفساق عموماً، لأن ذلك إغراء لهم على المعصية، قاله الجمهور.

واختلف العلماء في جعل المسلم وصياً للذمي، والعكس؟

(607/2)

فقال محمد بن منصور: لا يجوز للمسلم أن يوصي إلى ذمي - أي يجعله وصياً - فإن أوصى إليه فالوصية باطلة، وكذلك قال أبو حنيفة، وأصحابه، ذكره في (الجامع الكافي) ومن عداهم قالوا: يصح أن يكون المسلم وصياً للذمي، والعكس - والله أعلم.

أما كون الذمي مصرف للزكاة فخرج بالإجماع، وأجاز أبو حنيفة صرف الفطرة إليه بالآية، والجمهور أقاسوها على الزكاة، والوقف على الذمي كالوصية - والله أعلم.

هذا ومفهوم خبر المجموع: أن الوصية لغير من شملهم الخبر صحيحة بالثلث، أو أقل، وما دون الثلث أفضل بعد قضاء الدين قبل الميراث، كما يشهد لذلك قول الامام عليه السلام:

(608/2)

الوصية والدين

حدثني زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي عليه السلام قال: ((لا وصية ولا ميراث حتى يقضى الدين، ولأن أوصي بالخمس أحب الي من أن أوصى بالربع، ولأن أوصي بالربع أحب الي من أوصى بالثلث، ومن أوصى بالثلث فلم يترك شيئا)).

بيض لصدره في (التخريج)، ويشهد له ما أخرجه البيهقي: أخبرنا أبو سعيد بن أبي عمرو، ثنا أبو العباس محمد بن يعقوب، أنا الربيع بن سليمان، قال: قال الشافعي: وقد روي في تبدية الدين قبل الوصية حديثاً لا يثبت أهل الحديث مثله. قال الشافعي: حدثنا سفيان عن أبي إسحاق عن الحارث، عن علي، أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم، أنه قضى بالدين قبل الوصية.

قال الشيخ: امتناع أهل الحديث عن إثبات هذا، لتفرد الحارث الأعور بروايته عن علي، والحارث لا يحتج بخبره؛ لطعن الحفاظ فيه، وكذلك رواه سفيان الثوري، عن أبي إسحاق. انتهى .

وقال النسائي: ((ليس به بأس)) وقال مرة: ((ليس بقوي)) وفي ((الميزان)) قال: والظاهر أنه كان يكذب في لهجته وحكاياته، وأما في الحديث فلا.

وتقدم الكلام في الحارث الأعور غير مرة بثبوت عدالته وتوثيقه، وطعن الحفاظ فيه؛ لأجل تشيعه، ومحبته لعلي، ورواية فضائله، والجرح بذلك ليس بمقبول كما تقدم للمؤلف في المقدمة.

وفي (التلخيص): حديث علي أنه قضى بالدين قبل التركة، أحمد، وأصحاب السنن، من حديث الحارث عنه، وعلقه البخاري، ولفظهم الدين قبل الوصية، والحارث وإن كان ضعيفاً فالإجماع منعقد على وقف ما يروي، وفي هامش (التلخيص) بعد قوله وأصحاب السنن بلفظ مرفوعاً، قال الترمذي: والعمل على هذا عند أهل العلم.

(609/2)

وأخرج البيهقي . أيضاً .: أخبرنا أبو محمد بن يوسف، أنا أبو سعيد بن الأعرابي، ثنا الحسن بن محمد الزعفراني، نا يزيد بن هارون، أنا زكريا، عن أبي إسحاق، عن الحارث، عن علي بن أبي طالب عليه السلام، قال: إنكم تقرؤون: {مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ } [النساء: **11**]

وإن الله عز وجل قضى بالدين قبل الوصية .

وأخرج الدارقطني: ثنا محمد بن القاسم بن زكريا المحاربي، نا أبو كريب، نا أبو خالد الأحمر، ووكيع، وعبدة بن سليمان، عن سفيان، عن أبي إسحاق، عن الحارث، عن علي، قال: أنتم تقرؤون الوصية قبل الدين، وقضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أن الدين قبل الوصية .

وأخرج البيهقي - أيضاً - : وأخبرنا أبو زكريا بن أبي إسحاق، وأبو بكر بن الحسن، قالا: حدثنا أبو العباس - الأصم - أنا محمد بن عبدالله بن عبد الحكم، أنا ابن وهب، أخبرني شبيب بن سعيد، أنه سمع يحيى بن أبي أنيسة الجزري، يحدث عن أبي إسحاق الهمداني، عن أبي إسحاق، عن عاصم بن ضمرة، عن علي عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: ((الدين قبل الوصية ، وليس لوارث وصية)) كذا أتى به يحيى بن أبي أنيسة، عن أبي إسحاق عن عاصم، ويحيى ضعيف. انتهى .

وأخرج الدارقطني : أنا أبو بكر النيسابوري، نا يونس بن عبد الأعلى، أنا ابن وهب .. إلى آخره، بلفظه إسناداً ومتناً.

وفي (الجامع الكافي) من طريق محمد بن منصور، من طريق الحارث، عن علي قال: إنكم تقرؤون الوصية قبل الدين، وإن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قضى بالدين قبل الوصية.

(610/2)

ومن طريق محمد بن منصور في قول تعالى: {مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ }[النساء:11]: ((فالوصية في الثلث، والدين في جميع المال)).

وذكر فيه عن محمد في موضع آخر، بلفظ: ((الدين قبل الوصية، وقبل الميراث)) وأخرج الدارمي: ((أنا [ثنا في السن] قبيصة، أنا [ثنا في السنن] سفيان، ممن [عمن في السنن] سمع إبراهيم قال: يبدأ بالكفن، ثم الدين، ثم الوصية)) - انتهى.

وأخرج ابن عدي عن يحيى بن أبي أنيسة بسند الدارقطني، وأسند تضعيف يحيى بن أبي أنيسة إلى البخاري والنسائي وابن المديني وابن معين ومن وافقهم - انتهى.

وفي (الجامع الكافي) من طريق محمد بن علي، عن علي عليه السلام في رجل أوصى وعليه ديون كثيرة، فقال: ((لا وصية ولا ميراث حتى يقضى الدين)).

وأخرج البخاري في (صحيحه) ويذكر أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قضى بالدين قبل الوصية، وهو طرف من حديث أخرجه أحمد والترمذي .

وفي الباب عن ابن المنذر، والدارقطني، وابن أبي حاتم، وأبي الشيخ في الفرائض، وابن جرير،

وابن أبي الجارود، وأبي يعلى، وعبد الرزاق وغيرهم، كلهم من طريق الحارث الأعور، عن علي عليه السلام قال: قضى محمد صلى الله عليه وآله وسلم بالدين قبل الوصية .. إلى غير ذلك.

(611/2)

وأمَّا يشهد لعجزه، فقال في (التخريج): البيهقي في (الوصايا) في (باب من استحب النقصان إذ لم يترك ورثة أغنياء) ما لفظه: وأخبرنا الشيخ أبو الفتح، أنبانا الشريحي، أخبرنا أبو القاسم البغوي، ثنا علي بن الجعد، أنبأنا زهير، عن أبي إسحاق، عن الحارث، عن علي قال: ((لئن أوصي بالربع أحب إلي من أن أوصي بالثلث، فمن أوصى بالثلث فلم يترك شيئاً)) . انتهى.

ورجاله ثقات، وأبو الفتح المعمري، هو: ناصر بن حسين، من ذرية عمر بن الخطاب، قال السبكي في (طبقاته) فيه الإمام أحمد وأصحاب القفال، حتى قال فيه لفظه، وله مصنفات كثيرة، وجلس للحديث والإملاء، وروي الكثير عن أبي العباس الشريحي وجماعة.

وروى عنه البيهقي، وذكره غيره، وقال في شيخه أبي العباس الشريحي ما لفظه: أحمد بن عمر بن شريح أبو العباس، إمام الأصحاب على الإطلاق، والباز الأشهب، والأسد الضارب على المذهب.

وذكر كلاماً، ثم قال: وسمع الحسن بن محمد الزعفراني، وعباس بن محمد الدوربي، وأبا داود السجستاني، وغيرهم حدث أبو القاسم الطبراني وغيره . انتهى.

وباقي رجال الإسناد ثقات أثبات من رجال الصحيح، ما خلا الحارث الأعور، وهو حسن الحديث، فيما ذكره الحافظ الذهبي في ((المجرد)) وقد وثقه يحيى بن معين في رواية وعن ابن معين، وضعفه غيرهم، ويظهر للمتأمل في ترجمته أنَّ غيره من أصحاب علي كعاصم بن ضمرة وغيره أوثق منه . والله أعلم.

(612/2)

وأخرج البيهقي في الباب: عن ابن عباس، قال: لو أن الناس غضوا من الثلث إلى الربع في الوصية لكان أفضل، لأن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال: أي لسعد بن أبي وقاص: ((الثلث والثلث كثير)) . انتهى.

وقال رواه البخاري، ومسلم، وأخرج قتادة، قال: ذكر لنا أن أبا بكر أوصى بخمس ماله، وقال: ألا أوصي في مالي بما رضي الله به من غنائم المسلمين، وقال قتادة: الخمس معروف، والربع

جهد، والثلث يجيزه القضاء .

وأخرج عن ابن عباس، قال: الذي يوصي بالخمس أفضل من الذي يوصي بالربع، والذي يوصي بالربع أفضل من الذي يوصي بالثلث. انتهى .

قلت: ولفظ حديث سعد ين أبي وقاص من طريق ابن عباس عند الشيخين والنسائي، أن ابن عباس كان يقول: لو غض الناس في الوصية من الثلث إلى الربع، لأن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم، قال لسعد: ((الثلث والثلث كثير)) هكذا في لفظ حديث وكيع، وليس في رواية ابن عيينة وعيسى لكان أفضل، ورواية البخاري في الصحيح، ومسلم من طريق إبراهيم بن موسى، ومن طريق أبي بكر بن أبي شيبة في لفظ للبيهقي : ((والثلث كبير)) ولفظ إسناده: أخبرنا أحمد بن علي عبدان، أنا أحمد بن عبيد، ثنا هشام بن علي، أنا أبي رجاء، أنا محمد بن طلحة، عن إدريس الأودي عن طلحة بن مصرف، عن مالك، عن ابن عباس، وذكر الخبر بلفظه مرفوعاً.

وفي (التلخيص): حديث علي: ((لئن أوصي بالخمس أحب إليّ من أن أوصي بالربع، ولئن أوصي بالربع أحب إلي من أن أوصي بالثلث)).

البيهقي، من حديث الحارث، عن علي بالجملة الثانية، وزاد: ((فمن أوصى بالثلث فلم يترك)) والحارث ضعيف.

(613/2)

وأخرج الدارمي في (باب الوصية بأقل من الثلث): ثنا سليمان بن حرب، ثنا حماد بن زيد، عن إسحاق بن سويد، عن العلاء بن زياد: أن رجلاً سأل عمر بن الخطاب فقال: إن وارثي كلالة فأوصي بالنصف؟ قال: لا. قال: فالثلث؟ قال: لا. قال: فالربع؟ قال: لا. قال: فالخمس؟ قال: لا. حتى صار إلى العشر، فقال: أوصي بالعشر .

وفيه: ثنا قبيصة، أنا سفيان عن هاشم، عن ابن سيرين، عن منصور، عن إبراهيم، قال: كان السدس أحب اليهم من الثلث .

وذكره في ((معالم التنزيل))، وقال علي عليه السلام: ((لئن أوصي بالخمس أحب إليّ من أن أوصي بالربع، ولئن أوصي بالربع أحب إلي من أن أوصي بالثلث، ومن أوصى بالثلث فلم يترك)) .

ولمفردات فصول الخبر جملة شواهد، سنذكرها عند الكلام على مفردات الخبر.

والحديث يدل على عدم صحة الوصية التي ينشئها الموصي من قبل نفسه لبعد موته من تركته.

وعدم ثبوت الميراث لورثة المتوفي في تركته متى اجتمعت مع الدين، إلا فيما بقي من التركة بعد قضاء الدين، فيجب أولاً إخراج الدين من رأس التركة قبل الوصية والميراث، وهما فيما بقي من التركة قل أم كثر، فإن استغرقت التركة بالديون فلا شيء لهما.

والوجه في ذلك: أن ما قابل الدين من التركة مستحق لأرباب الدين، لثبوت دينهم بذمة من عليه الدين من قبل وفاته فيخرج من تركته، ولما لهم من القوة على أخذ ديونهم من التركة، بخلاف الوصية التبرعية لبعد الموت والميراث، فثبوتهما من بعد وفاة الموصي والمورث فهما فيما بقي من التركة.

(614/2)

ويدل ـ أيضاً ـ على فضيلة الإيصاء بالأقل من الثلث، وما دون الأقل أفضل، ومن أوصى بالثلث فلم يترك شيئاً من ثلثه لورثته.

ووجه فضيلة الأقل باعتبار ما أبقي لورثته من الثلث، فاشتمل الخبر على ثلاثة أحكام:

الحكم الأول: قوله: ((ولا صية ولا ميراث حتى يقضي الدين)):

يدل على ما ذكرنا قلّ الدين أم كثر، ولو استغرق التركة، ولا خلاف في ذلك بين علماء السلف، وجمهور الخلف.

وظاهر الخبر: أنه لا فرق بين حق الآدمي كالدين، والمظلمة، المتعين أربابها، أو لمسجد معين، وبين حق الله، سواء كان تعلقه بالمال، أو بالبدن، كالزكوات، والأعشار، والفطرة، والأخماس، والمظالم الملتبس أهلها، ومن ذلك: كفارة الصوم التي تلزم الشيخوخة، وكفاره الفوت، وكذا حيث أفطر لعذر مأيوس، أو بالمال ابتداء، وبالبدن انتهاء، ككفارة اليمين حيث حنث في الصحة، والظهار، والقتل.

ومن ذلك: دماء الحج، وإن لم يوص، قال الترمذي: والعمل على هذا عند عامة أهل العلم، وصرح بذلك الحافظ ابن حجر في ((التلخيص)) على حديث الحارث الأعور: إن الإجماع منعقد على وفق ما روي أن الدين مقدم على الوصية والميراث، وعليه عامة الصحابة فمن بعدهم من علماء الحديث والفروع وغيرهم، سوى مالك، وسيأتي، وصرح بذلك ابن حزم.

(615/2)

وذكره في (الجامع الكافي)، والأحكام للهادي، والإمام يحيى بن حمزة في (الانتصار) والأمام المهدي في (البحر) و(الازهار)، والمدقق المقبلي في (الأبحاث) والمحقق الجلال في (ضوء النهار) والبدر الأمير في (المنحة) والشوكاني في (فتح القدير) والزمخشري في (الكشاف) وجمهور المفسرين وغيرهم، ولا حق للورثة والموصى لهم إلا فيما بقي من المتروك بعد الدين المنحصر في الثلاثة الأنواع المذكورة من رأس التركة؛ لشمول اسم الدين لها، إلا أنه يخص من حق الآدمي حق المرتهن في العين المرهونة يقضي دينه منها، وما بقي منها تركة.

وكذا حق المجني عليه في رقبة العبد، ومثله حق البائع فيما شراه الميت قبل وفاته وأفلس ومات وثمنه في ذمته، فللبائع الفسخ وأخذ المبيع، فكل من هذه الثلاثة مخصوص بما ذكرنا، وما بقي من العين المرهونة ورقبة العبد مع ما عداهما من تركة المتوفي ينزع منها ما يحتاجه الميت حتى يوارى في قبره، ثم نفقة العدة وتوابعها للزوجة فأكثر فيما بقي.

ثم ما ذكرنا من الديون فيما بقي من التركة متى اجتمع الجميع أو البعض منها، لما سيأتي قريباً . إن شاء الله تعالى.

ويخرج من ثلث ما بقي ما يتعلق بالبدن ابتداء، أو بالمال انتهاء، إن أوصي به، والمراد بالتعلق في حق الله، وحق الآدمي: هو تعلق الطلب الشرعي، ولم يثبت طلب شرعي فيما سنذكر مما يخرج من الثلث، كالإيصاء بالحج، ونحوه، إذ لا تعلق لها بالمال رأساً، وإنما لزمت الوصي امتثالا لأمر الموصى فقط، لا الوجوب على الموصى.

(616/2)

وقد قرر ذلك المحقق الجلال في (الحج) قال: ولو علقها الشارع بالمال انتهاءً لكانت كالتي علقها ابتداء، لأن وصف الإبتداء والانتهاء طردي الفارق . انتهى.

وذكر في (شرح الفصول) معترضاً على الجمهور، يقول: ((لا يخفاك أن الوجوب من صفة الفعل لا من صفات متعلقاته، والفعل الذي هو التكفير المطلوب لا يتعدد بتعدد متعلقاته التي يمكن وقوعه بها وعليها وفيها، لأن فعل كل واحد من الأطعام، والكسوة، والعتق، تكفير، فالمطلوب لا مخير إنما التخيير فيما به التخيير، ولا يتصف بالوجوب كما عرفت من عدم تعلق الأحكام بالأعيان، إنما تعلق بالأفعال، والحكم في التخيير إنما يتعلق بالإختيار لا بما نختار، لأن الإختيار هو المطلوب . انتهى مختصراً.

ورد: بأن الذي سيفعله المكفر مما هو المعين المطلوب في حقه، لتعلق الوجوب بما سيفعله، لا بالتخيير فيما له التكفير.

وقال قوم: نقضي عليه بثلث ما في يده، ذكره في (الجامع الكافي) قال: ((والقول الأول أقوى)) . انتهى.

ولم أجد له حجة فيما أعلم، ونصوص الباب تحجهم، وقال مالك: إن دين الله المالي من الثلث إن أوصي به، وإلا سقط . أي وجوب الإخراج . لا أنه يسقط على الميت فلا قائل به.

احتج الأولون بحديث الأصل وشواهده، وبقوله تعالى: {مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ }[النساء:11] وفي (سبل السلام) بعد ذكر هذه الآية ما لفظه: ((يقتضي ظاهره: أنه يخرج الدين والوصية من تركة الميت على سواء، فتشارك الوصية الدين إذا استغرق المال، وقد اتفق العلماء على تقديم إخراج الدين على الوصية)) . انتهى .

(617/2)

وأشار البخاري إلى ذلك بقوله: (باب تأويل قوله تعالى: {مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ }[النساء:11] ويذكر أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قضى بالدين قبل الميراث . انتهى .

قال الحافظ ابن حجر في (فتح الباري): هذا طرف من حديث أخرجه أحمد، والترمذي، وغيرهما من طريق الحارث . أي [وهو في الفتح] الأعور . عن علي بن أبي طالب، قال: قضى محمد صلى الله عليه وآله وسلم: ((أن الدين قبل الوصية ، وأنتم تقرؤون الوصية قبل الدين)) وعلقه البخاري، وإسناده ضعيف.

لكن قال الترمذي: إن العمل عليه عند أهل العلم، وكأن البخاري اعتمد عليه لاعتضاده بالإتفاق على مقتضاه، وإلا فعادته أن لا يورد الضعيف في مقام الإحتجاج، وقد أورد له شواهد، ولم يختلف العلماء أن الدين مقدم على الوصية.

وقد اختلف علماء الحديث والتفسير وغيرهم في معنى، (أو) وفي تقديم الوصية على الدين في الآية، والدين مقدم عليها في الشريعة، فقال الزمخشري في (الكشاف) في قوله تعالى: {مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ..}[النساء:11] متعلق بما تقدمه من قسمة المواريث كلها لا بما يليه وحده، كأنه قيل: قسمة هذه الأنصبة من بعد وصية يوصى بها ..

إلى أن قال: فإن قلت: ما معنى، أو قلت معناها الاباحة، وأنه إن كان أحدهما أو كلاهما قدم على قسمة الميراث، كقوله: جالس الحسن، أو ابن سيرين، فإن قلت: لم قدمت الوصية على الدين والدين مقدم عليها في الشريعة؟

(618/2)

قلت: لما كانت الوصية مشبهة للميراث، في كونها مأخوذة من غير عوض كان إخراجها مما يشق على الورثة ويتعاظمهم ولا تطيب أنفسهم، فكان أدائها مظنة التفريط، بخلاف الدين فإن نفوسهم مطمئنة إلى أدائه، فلذلك قدمت على الدين بعثاً على وجوبها والمسارعة على إخراجها، فلذلك جيء بكلمة أو للتسوية بينهما في الوجوب)) . انتهى .

وفي حاشية الجمل، وأكثر كتب التفسير جعلوا الإباحة أحد الشيئين وتقديم الوصية على الدين للإهتمام بها؛ لكون أدائها شاقاً على الورثة في أخذها من غير عوض يصل إلى المورث، ولأنها كثيرة بالنسبة إلى الدين، بل هو نادر.

قال أبو البقاء: أو للإباحة، ولا تدل على الترتيب؛ إذ لا فرق بين قولك: جاءني زيد أو عمرو، وبين قولك: جاءني عمرو أو زيد، لأن أو لأحد الشيئين، والواحد لا ترتيب فيه، وبهذا يفسد قول من قال: ((التقدير من بعد دين أو وصية)) وإنما يقع الترتيب فيما إذا اجتمعا، فيقدم الدين على الوصية . انتهى.

(619/2)

قال ابن حجر في ((فتح الباري)): وقيل: معنى قوله تعالى: {مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ }[النساء:11] إن الميراث بعد هذين، وليست أو في هذا الموضع لأحدهما، بل قد تناولهما جميعاً، وذلك لأن قوله تعالى: {مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ }[النساء:11] مستثنى في الجملة المذكورة في قسمة المواريث، ومتى دخلت أو على المنفي صارت في معنى الواو، وله تعالى:{وَلاَ تُطِعْ مِنْهُمْ آثِمًا أَوْ كَفُورًا }[الإنسان:24] وقوله تعالى: {إِلاَّ مَا حَمَلَتْ ظُهُورُهُمَا أَوْ الْحَوَايَا أَوْ مَا اخْتَلَطَ بِعَظْمٍ}[الأنعام:146] فكانت (أو) في هذه المواضع بمنزلة الواو، فكذلك قوله تعالى: {مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ}[النساء:11] لما كانت في معنى الإستثناء، كأنه قال: إلا أن يكون هنالك وصية أو دين فيكون الميراث بعدهما جميعاً، وتقديم الوصية على الدين في الذكر غير موجب للتبدئة على الدين، لأن أو لا توجب الترتيب، وإنما ذكر تعالى بعد ذلك ذكر الميراث إعلاما لعباده بأن سهام المواريث جارية في التركة بعد قضاء الدين، وعزل حصة الوصية، ألا ترى أنه لو أوصي بثلث ماله كانت سهام الورثة معتبرة بعد الثلث، فيكون للزوجة الربع أو الثمن في الثلثين، وكذلك سهام أهل الميراث جارية في الثلثين دون الثلث الذي فيه الوصية، فجمع تعالى بين ذكر الدين أو الوصية، ليعلمنا أن سهام الورثة معتبري بعد الوصية كما هي معتبرة بعد الدين وإن كانت الوصية مخالفة للدين من جهة الإستيفاء، لأنه لو هلك من المال شيء لدخل النقص على أصحاب

الوصايا كما يدخل على الورثة، وليس كذلك الدين، لأنه لو هلك من المال شيء استوفى كله في الدين وإن استغرقه، وبطل حق الموصى له والورثة جميعاً، فالموصى له شريك الورثة من وجه، وتأخذ شبهاً من الغريم من وجه آخر، وهو أن سهام أهل المواريث معتبرة بعد الوصية كاعتبارها بعد الدين، وليس المراد بقوله تعالى: {مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ}[النساء:11] أن الموصى له يعطى وصيته قبل أن يأخذ الورثة أنصبائهم، بل يعطون كلهم بعد نزع الدين كأنه أحد الورثة في هذا الوجه وما هلك من المال بمقابل الديون فهو ذاهب منهم جميعاً، وهو صريح حديث الأصل وشواهده، وصريح النص النبوي أنه صلى الله عليه وآله وسلم : ((قضى بالدين قبل الوصية)) . انتهى .

وذكر ابن الحاجب في ((أماليه)): إنما قدمت الوصية على الدين والدين أقوى من الوصية، وتقديم ما هو أولى هو الوجه.

والجواب: أن (أو)حكمها في كلام العرب والقرآن حكم الإستثناء، في أن ما بعدها يرفع حكم ما قبلها، والدليل على ذلك: {تُقَاتِلُونَهُمْ أَوْ يُسْلِمُونَ } [الفتح: 16] فإن الإسلام رافع للمقاتلة، فكأنه قيل: تقاتلونهم إلا أن يسلموا، فكذلك هذه الآية، كأنه قيل: من بعد وصية يوصى بها إلا أن يكون دينا فلا تقدم . انتهى.

وعلى هذا: فلا يتجه المقال: بأن (أو) للتخيير هنا، كما يشير إلى ذلك كلام ابن حجر المذكور على حديث قطاع الطريق، أن (أو) في جميع القرآن للتخيير، إلا ما هنالك فهي للتقسيم، لأن التخيير يجوز الجمع بينهما، والإباحة لا يجمع بينهما كما في كتب اللغة، والنحو، وما سلف ذكره.

والجمع بين الدين والوصية، وإن كان ظاهر الآية يدل على ذلك، لكن اتفق العلماء على تقديم الدين كما ذكرنا؛ ولمنطوق حديث الأصل وشواهده.

وفي (الإنتصاف): الوصية على ضربين لغير معين، فلا يطالب بها إلا الإمام إذا عثر عليها، ولمعين فله المطالبة، لكن يتباينان في القوة بين مطالبة رب الدين بدينه والموصى له بوصية، لأن رب الدين يطالب بحق مستغرق في الذمة سبق له الفضل على مديانه، والموصى له إنما يطالب صدقة تفضل بها عليه الميت لا عن حق سابق، فاكتفى بما لرب الدين من القوة عن

تقديمه في الذكر وعضد ضعف الموصى له بتقديمه في الذكر عوناً على حصول رفق الوصية.
ويمكن في دفعه بطريق أخرى لا تخالف ترتيب الآية الواقع شرعاً فلا يرد السؤال، وذلك أن أول ما يبدأ به إخراج الدين، ثم الوصية، ثم اقتسام ذوي الميراث، فانظر كيف جاء إخراج الميراث آخراً، أي تلو إخراج الدين تلو إخراج الوصية، فوافق قوله قولنا: قسمة الميراث بعد الوصية والدين صورة الواقع شرعاً ولو سقط ذكر بعد، وكأن الكلام: أخرجوا الميراث والوصية والدين، لما أمكن ورود السؤال، والله أعلم. انتهى.
قال ابن حجر: ((قال السُّهَيْلي: والسر في تقديم الوصية على الدين في الآية الكريمة، هو: أنه لما كانت الوصية على جهة البر والصلة، والدين يقع بتعدي الميت بحسب الأغلب، فنبدأ بالوصية لكونها أفضل.

وأجاب غيره: بأنها إنما قدمت الوصية؛ لأنه شيء يؤخذ بغير عوض، والدين يؤخذ بعوض، فكان إخراج الوصية أشق على الوارث من إخراج الدين، وكان أدائها مظنة التفريط، بخلاف الدين، فقدمت الوصية لذلك؛ ولأنها حظ لفقير ومسكين غالباً، والدين حظ الغريم يطلبه بقوة وله مقالة، ولأن الوصية ينشئها الموصي من قبل نفسه، فقدمت تحريضاً على العمل بها، بخلاف الدين فإنه مطلوب منه ذكر أم لم يذكر.
ولأن الوصية ممكنة من كل أحدٍ، مطلوبة منه، إما ندباً، أو وجوباً، فيشترك فيها جميع المخاطبين، ويقع بالمال، وبالعمل، وقل من يخلو عن ذلك، بخلاف الدين وما يكثر وقوعه أهم بأن يذكر أولاً على ما يقل وقوعه)). انتهى.
فثبت أن الدين السالف ذكره يقدم على الوصية والميراث، وأنه لا حق للوارث والموصى له إلا فيما بقي من التركة بعد نزع الدين، ولا خلاف في ذلك إلا ما شذ، كما ذكرنا.
وذكر الحافظ ابن حجر في (فتح الباري) وشارح (بلوغ المرام) صورة واحدة من الوصايا تقدم على الدين، وهي: إذا أوصي لشخص بألف مثلاً، وصدقه الوارث، وحكم به، ثم ادعى آخر أنه له في ذمة الميت ديناً يستغرق موجوده، وصدقه الوارث، ففي وجه للشافعي: تقديم الوصية على الدين في هذه الصورة خاصة، وأبى ذلك الجمهور.
هذا واعلم أنه ثبت بالإستقراء من موارد الشريعة: أن أكثر ما يتعلق بتركة الميت من الحقوق الواجبة المقدم إخراجها من رأس التركة على الوصية والميراث متى اجتمعت أو البعض منها أربعة أنواع:

(4/3)

الأول: ما يتعلق بعين التركة، فإنه مقدم على مؤنة التجهيز، وعلى سائر الحقوق، كما يقدم على حاجته في حياته، وذلك كحق المرتهن في العين المرهونة، فيقدم قضاء دينه منها، وكحق المجني عليه في رقبة العبد الجاني، فيقدم على مؤنة التجهيز وعلى سائر الحقوق، وكحق البائع فيما شراه الميت وأفلس وثمنه في ذمته، فإن للبائع الفسخ، وأخذ المبيع.

الثاني: تجهيزه من الغسل، والكفن، وثمن البقعة، والحمل، والأحجار، وغير ذلك حتى يدفن، كل ذلك بالمعروف لا بإسراف ولا تقتير، على حسب حاله.

الثالث: نفقه زوجته فأكثر للعدة وتوابعها حسب حالهما.

الرابع: الديون المشتملة على الثلاثة الأنواع السالف ذكرها على ترتيبها المذكور وتنويعها باعتبار أربابها واختلاف استحقاقاتها، وتبطل الوصية لغير الوارث وما كان مخرجه من الثلث، بأن استغرقت التركة، أو بالموجود منها، ويبطل الميراث إجماعاً.

وأما الوصية للوارث فقد تقدم الكلام عليها بما أغنى عن الإعادة، وكل على أصله، فإن فضل من التركة شيء فثلثه فيما يتعلق ببدنه ابتداء، وبالمال انتهاء، كالحج، وكفارة الصلاة، وأجرة الاعتكاف، وكفارة الصوم، حيث أفطر لعذر مرجوّ مع الوصية.

لتعلق كل ذلك ببدنه، فلا ينتقل إلا بأمره، ويشاركه التبرعات لله تعالى، أو لنفسه، أو لآدمي، أو لغير ذلك إن وفى بها متى اجتمعت، وإلا قسط بينها، ولا ترتيب فيها؛ لاستوائها، فإن زادت على ذلك فسيأتي الكلام على ذلك في الحديث الآتي.

(5/3)

ولا يمنع الأنواع المذكورة انتقال التركة إلى ملك الوارث، وتكون كالمرهون بالدين؛ مراعاة لبراءة ذمة المتوفى، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((نفس المؤمن معلقة بدينه ، حتى يقضى عنه)) صححه الحاكم، وابن حبان.

وتصرف الورثة ببيع أو نحوه موقوف على الإيفاء،، أو الإبراء، وقيل: باطل، سواء علم الوارث بالدين، أو جهل، وللوارث إمساك التركة، وقضاء الدين من غيرها.

ولا يتعلق الدين بما زاد من الفوائد بعد الموت، ولا خلاف فيما ذكرنا من الأنواع التي تخرج من رأس تركة الميت على ترتيبها المذكور، وإن لم يوص إلا في الآخرين من الرابع.

فقال أبو حنيفة، ومالك: من الثلث إن أوصى، وإلا سقط، كما نقوله نحن في الوصية التي

تخرج من ثلث الباقي للتخفيف في حق الله لعباده، على أن الثالث من الرابع ـ أيضاً ـ غير متعين تعلقه بالمال إلا بتعليق المكلف إياه به بالفعل كما علم في الأصول، من أن الواجب المخير لا يتعلق إلا بالفعل، قَالَهُ الجلال.

وما ذكرنا من ترتيب الأنواع المذكورة، إنما هو إذا لم تف التركة بجميعها، أو بالموجود منها.

(6/3)

ولا خلاف في الترتيب المذكور، إلا بين الكفن، والدين، وقد تقدم الكلام على ذلك للمؤلف ـ رضي الله عنه ـ في (كتاب الجنائز) بما أغنى عن الإعادة، وأما بين أنواع الرابع السالف ذكره، فالمذهب: أنه يقسط الناقص بينها، ولا ترتيب فيما بينها بتقديم حق الآدمي على حق الله، ولا العكس، وهو قول ابني الهادي، والهدوية، ومحمد بن منصور، واختاره أبو طالب في رواية، وصرح بذلك الإمام المهدي في (البحر) و(الأزهار) وغيره في ذلك، أن الطلب يتعلق بكل واحد من الثلاثة ابتداء، قاله الجلال، وحينئذ لا يصح أن يقال: إنه مالي ابتداءً، ولا انتهاءً، بل تعلق به وبغيره. انتهى.

ولأنها حقوق مستوية في الوجوب، وقال به أبو حنيفة، وأصحابه، واختاره المؤيد بالله، وأبو طالب في رواية، ومحمد بن المطهر، ذكره في (المنهاج الجلي) وحصله الأخوان ليحيى، أن دين الآدمي يقدم على دين الله، ورجحه المحقق الجلال في (ضوء النهار)، وهو أحد أقوال الشافعي، وفي أحد أقوال الشافعي: وبه قال ابن حزم وغيره، أن دين الله يقدم على الآدمي، ورجحه الأمير البدر في (المنحة).

قال: وهو الراوي الذي يفيده النص وللشافعي قول ثالث، أنه يسقط دين الآدمي.

احتج الأولون بأحاديث من غَلّ الزكاة أنه يقيّض له شجاع أقرع وفيه ذكر الإبل، والبقر، والغنم، أنه يعذب بها، وأحاديث أنه يؤخذ لصاحب الدين من حسنات صاحبه، فإن فقدت حسناته ألقى عليه من سيئات خصمه، فهذه الأدلة وما أدى لفظها أو معناها تقتضي بتساوي الحقين، وأنه يعاقب بهما في الآخرة ـ انتهى.

(7/3)

قاله البدر الأمير في (المنحة) وتقدم للمؤلف ـ رضي الله عنه ـ ذكر حديث الخثعمية في باب (الرجل ينام عن صلاته أو ينساها) قال فبما أخرجه الستة، وذكره بلفظه، ثم قال: فذكر لها

رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم نظير المسؤول، ليثبت له ما ثبت لنظيره، وهو المسمى باقتران النظر . انتهى.

وهو من حديث عمار، ومعاذ، وابن مسعود، فدل على تساوي الحقين.

واحتج أبو حنيفة ومن معه: بأن الآدمي محتاج، والله تعالى ليس بمحتاج، قاله الإمام المهدي، وهذه العلة فيها غاية الضعف، إذ دين الله للآدميين ومصلحته أعم من مصلحة الآدميين، فهو أولى بالتقديم.

ومن حججهم ما دلت عليه الأدلة أن حق الآدمي لا يتركه الله تعالى وحقه يعفو عنه، وهي عدة أحاديث، قاله البدر الأمير في (منحته) . أيضاً . قال في (المنهاج الجلي): والوجه في ذلك أن ديون الله مختلف في ثبوتها بعد الموت وديون الآدميين مجمع على أدائها بعد الموت، فتقديم المجمع عليه أولى من المختلف.

وجه آخر أن ديون الآدميين أهلها معلومون، وديون الله تعالى مصارفها على التعيين غير معلوم.

وجه آخر: أن ديون الله تؤول إلى بني آدم فكانت ديونهم أولى بالتقديم.

وجه آخر: أن الوعيد الشديد قد ورد فيمن مات وعليه ديون الآدميين لم يقضها، وأنه يعذب على ترك قضائها، كما روينا عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال: ((عذاب القبر من ثلاثة)) وعد فيها الدين.

(8/3)

وجه آخر: أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم امتنع من الصلاة على الميت ، ثم على الميت الآخر لأجل الدين الذي عليهما،حتى تحمّل أمير المؤمنين عليه السلام دين أحدهما، وأبو قتادة دين الآخر . انتهى.

واحتج الشافعي في أحد قوليه، وابن حزم، بظاهر خبر الخثعمية المتفق عليه، وفيه: ((فدين الله أحق أن يقضى)) قال ابن حزم في ((المحلى)): وبرهان ذلك قوله تعالى في آية المواريث: {مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ }[النساء:11] وقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((فدين الله أحق أن يقضى ، اقضوا الله فهو أحق بالوفاء)) .

ذكره ابن حزم بإسناده، وذكره في (كتاب الصيام والزكاة والحج)، نعم ديون الله وديون الخلق والسنن الثابتة بينت أن دين الله مقدم على ديون الخلق . انتهى.

أجاب الأولون: بأنه مهجور الظاهر، وإلا لزم أن دين الله مقدم على دين الآدمي، وهما على سواء، وإنما هجرت الأولوية لا المساواة، قالوا: المساواة لا تحتاج الى دليل بعد هجرة ظاهر

الدليل.

ورده في (المنحة): قال: ولا وجه لإخراجه عن ظاهره، قلنا: استوى الدينان في التعلق بالذمة، فيستويان في التبرئة لهما، قالوا: حقوق الله أخف، ولهذا تسقط بالتوبة ولا يقطع سارقها دون حقوق الخلق، وذلك وجه ترجيح قاله الجلال، وفي (المنحة) على قوله قالوا: حقوق الله أخف هو محل النزاع.

(9/3)

وأجيب على قوله: تسقط بالتوبة، أن حقوق العباد تسقط بقضاء الله لها عمومات مقراً ناوياً لقضائها كما جاءت به النصوص، ولا يتم له دون حقوق الخلق، وأراد بقوله: ((ولا يقطع سارقها)) أن من سرق من بيت المال فلا قطع عليه، ولكن ليست العلة كونها مال الله، بل مع كون لدينه حقاً، كما قرره الجلال في سارق الغنيمة وبيت المال، وحديث الخثعمية لا يقتصر بدلالته على ما يخرج من الرأس، بل ومن الثلث كالحج، وفيه اختلاف.

وأجاب أهل القول الثاني على حجة ابن حزم ومن معه: بأن قوله: أحق أن يقضى بمعنى حقيق، ذكره البدر الأمير في (منحته) وفي (المنهاج الجلي) قلت: وجهان:

أما أحدهما: فإن الخبر لنا دليل، لأنه صلى الله عليه وآله وسلم قاسه على دين قد ثبت واستقر، وعرف منه صلى الله عليه وآله وسلم ومن العقل وجوبه، فقاس دين الله على ذلك، ثم نقول أنه صلى الله عليه وآله وسلم قال: ((أكان ينفعه)) ومعلوم أن من قضى دين الله فهو ينفعه {فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَه * وَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَه}[الزلزلة:7،8] فقال صلى الله عليه وآله وسلم: ((فدين الله أحق أن ينفع أباك إذا قضيتيه)) ولم يقل صلى الله عليه وآله وسلم إن قضاءه أوجب.

الوجه الثاني: أن أدلتنا أكثر وأظهر، فكان الرجوع إليهما أولى - انتهى.

قلت: والوجه الأول يقتضي التسوية بينهما في الوجوب والمنفعة، فيصير من حجج الأولين على أن جميع حقوق الله كديون الآدميين لا تسقط بالموت، لما فيه من التنبيه على العلة المذكورة.

(10/3)

قال ابن حزم: وصح عن الحسن، وطاووس، بأصح طريق عنهما، أن حجة الإسلام وزكاة بيت المال بمنزلة الدين، وقال الزهري، والشافعي، وأحمد، وأبو سليمان، وغيرهم: إن الزكاة وكل شيء واجب يؤخذ من رأس مال الميت، وقول ابن عباس بإيجاب الحج عمن لم يحج من الموتى، وبه قال طاووس، والحسن البصري، وعطاء، وأن ذلك من رأس المال، وإن لم يوص.

وبه قال ابن المسيب، وعبد الرحمن بن أبي ليلى، والأوزاعي، والحسن بن حي، ومحمد بن أبي ليلى، والثوري، وأبو ثور، وإسحاق، وهو قول الشافعي وأحمد، وأبي سليمان وأصحابهم.

إلا أن الشافعي قال مرة: تتحاص ديون الله وديون الناس، وقال ربيعة: إن الزكاة تخرج من الثلث إن أوصي بها.

ولأبي حنيفة في هذه المسألة تفصيلاً، قال: إذا أوصى المسلم بوصايا منها زكاة واجبة، وحجة الإسلام، أنه يبدأ في الثلث بهذه الفروض، سواء ذكرها أولاً، وآخراً، وتتحاص الفروض المذكورة، ثم بما قاله آنفاً في الوصايا.

وقال أبو يوسف: يبدأ بالزكاة، ثم بحجة الإسلام، ومرة قال كقول أبي حنيفة، قال: ثم بعد الزكاة والحجة المفروضة ما أوصي به من عتق في كفارة يمين، وكفارة جزاء صيد، وفدية الأذى، يبدأ بما بدأ به بذكره من ذلك في وصيته، ثم التطوع.

(11/3)

وقال محمد بن الحسن: يبدأ بما بدأ به الموصي بذكره في وصيته من حجة الإسلام، أو من الزكاة، وقال مالك: يبدأ بالعتق الست في المرض والتدبير في الصحة، ثم بعدهما الزكاة المفروضة التي فرَّط فيها، ثم عتق عبد بعينه أوصى بعتقه وعتق عبد بعينه أوصى بأن يشتري فيعتقه، ثم الكتابة إذا أوصي بأن يكاتب عبده، ثم الحج، ثم إقراره بالدين لمن لا يجوز له إقراره.

قال: ويبتدئ بالزكاة التي أوصى بها على ما أوصى به من عتق رقبته عن ظهار، أو قتل خطأ، أو يتحاص رقبة الظهار مع رقبة قتل الخطأ، ثم ما أوصى به من كفارة الأيمان، قال: ويبتدئ بالإطعام عما أوصى به بما فرط فيه من رمضان على النذر.

قال ابن حزم بعد أن سرد هذه الأقوال ما لفظه: ((في هذه الأقوال عبرة لمن اعتبر، وآية لمن تدبر، أمَّا قول أبي حنيفة فهو أقلها تناقضاً، لكن يقال له: إن كانت الزكاة المفروضة وحجة الإسلام وسائر الفروض إذا فرَّط فيها وأوصى بها تجري كل ذلك مجرى الوصايا، فلأي شيء قدمتها على سائر الوصايا؟

فإن قال: لأنها آكد، قيل له: ومن أين صارت أوكد عندك، وأنت قد أخرجتها عن حكم الفرض الذي لا يحل إضاعته إلى حكم الوصايا، فيبطل التأكيد، ووجب أن يكون كسائر الوصايا ولا فرق، ويكون كل ذلك خارجاً عن حكم الوصايا وباقياً على حكم الفرض الذي لا يسع تعطيله، فلم جعلتها من الثلث إن أوصي بها، وتقديم أبي يوسف للزكاة على الحج.

إن قال: الزكاة حق في المال، والحج في البدن، قيل: فلما أدخلتها في الوصايا إذاً؟ وهلا منعت من الوصية، كما منع من ذلك أيوب السختياني، والقاسم بن محمد، والنخعي.

وروي عن ابن عمر: وإن قيل للنص الوارد في ذلك، قيل: فذلك النص يوجب أنه من رأس المال، وهكذا يقال على محمد بن الحسن في تقديم ذلك على سائر الوصايا، وقول مالك أفحشها تناقضاً، وأُوحشها، لتقديمه بعض الفرائض على بعض بلا برهان، وقدم بعض التطوع على بعض الفرائض بلا برهان)) . انتهى.

وعند الهدوية، ورجح للمذهب: إنما نفذ في الصحة، وأوائل المرض غير المخوف، ولم يعلقه بموته فمن رأس المال من تمليك وصدقة ووقف وهدية وعتق وغير ذلك من التبرعات وإلا فمن الثلث، ومن الثلث ما علقه بموته ولا رجوع له فيما قد نفذ من رأس المال، أو من الثلث، إلا فيما يصح الرجوع فيه كالهبة وما علق فيهما بموته، ومحل هذا فيما سيأتي في الكلام على الحديث الآتي . إن شاء الله.

(تنبيه): قد عرفت مما ذكرنا من الأدلة المذكورة وجوب إخراج ما يتعلق بعين التركة من أنواع الديون المذكورة من رأس تركة المتوفى إن ثبتت كلها أو بعضها لأربابها، بإيصاء المتوفى بها، أو بإقامة مدّعيها البينة الشرعية عليها مع الحكم بها.

وقد حكم صلى الله عليه وآله وسلم أن الله تعالى دينه أحق بالقضاء في خبر الخثعمية، لكن لا يدل على وجوب تقديم دين الله تعالى على دين العباد، كما صرح بذلك ابن حزم؛ لعدم التصريح فيه ولا في غيره من الأدلة عن الصحابة المرفوعة ولا الموقوفة باجتماع دين الله ودين الآدمي، والتركة قاصرة عن الوفاء، وأنه قدم دين الله على دين الآدمي، كما قاله ابن حزم، ولا العكس كما قاله أبو حنيفة ومن معه.

وقد صرح ابن حزم بمثلما ذكرنا في الوصية من النساء في الأخت مع البنت، أو بنت الإبن مع الأخ العاصب غير الشقيق، قال: ليس في شيء من الروايات عن الصحابة المذكورين أنهم ورثوا الأخت مع البنت مع وجود عاصب، فيقال هنا عليه وليس في شيء من الروايات عن الصحابة اجتماع دين الله، ودين الآدمي، وأنهم قدموا دين الله دون دين الآدمي.

وفي (المنحة): قد علم ضرورة وجوب الحج على من استطاع بنفسه، وماله، كما عرفت في (كتاب الحج) فإذا فرَّط أثم، فإن مات، فات أداؤه الحج بنفسه، وبقي الوجوب في ماله، فيجب إخراج أجرة الحج من ماله، سواء أوصى أو لم يوص، وذلك: أن الحج واجب بالنفس والمال. وهو الزاد والراحلة. فإن فات بالنفس بقي في المال، فهو كمن مات وفي ذمته الزكاة، فإنه كان يجب عليه إخراجها بنفسه، فإذا لم يفعل أخرجت من ماله، وخبر الخثعمية ((أن دين الله أحق بالقضاء)).

وقد عرفت أن ديون العباد يجب قضاؤها، إن ثبت بإيصائه، أو بإقامة بينه، وقد حكم صلى الله عليه وآله وسلم أن دينه تعالى أحق بالقضاء ، فمن مات وعليه حجة، وجب إخراجها من ماله، وحج عنه غيره أجزاه ذلك ونفعه، لما أخرجه أبو داود من طريق بريده مرفوعاً في خبر المرأة التي سألته رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن أمها ، وفيه: قالت: أي يا رسول الله أنها ماتت وعليها صوم شهر أفيجزي أو يقضي عنها أن أصوم؟ قال: ((نعم)) قالت: وأنها لم تحج أفيجزي أو يقضي عنها أن أحج عنها؟ قال: ((نعم)) .

فدل على جواز صوم الولد عن أمه، وكذا الحج، وكذا عن الأب، لعدم الفارق ولو من دون وصية.

(14/3)

وقد دل خبر الخثعمية على إجزاء الحج عن الغير، وكذلك قوله صلى الله عليه وآله وسلم: لمن لبى عن شبرمة، وقد أخبره أن أخ له مات، ولم يحج وقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((حج عن نفسك ، ثم عن شبرمة)) تقدير للحج عن الغير يعم ما هو بأجرة وبغير أجرة، فيتعين قضاء دين الله . انتهى.

وقد تقدم للمؤلف . رضي الله عنه . في الحج الكلام مستوفي بما أغنى عن الإعادة . والله أعلم.

الحكم الثاني:

قوله: ((ولأن أوصي بالخمس أحب إلي من أن أوصي بالربع)) .. إلى قوله: ((أحب إلي أن أوصي بالثلث)): يدل على الترغيب، والإرشاد، والإستحباب، إلى ملاحظة الأفضل في الوصية

التبرعية بما دون الثلث فما قل من الدون فهو أفضل مما فوقه، فمن أوصى بالخمس أفضل ممن أوصى بالربع، ومن أوصى بالربع أفضل ممن أوصى بالثلث وأكثر أجراً، وهكذا ما قل في الوصية أفضل كمن أوصى بالدين [كالسدس] أو السبع أو الثمن أو التسع أو العشر أو أقل من ذلك.

وتقدم كلام ابن عباس آخر شرح الباب بلفظ: ويوصي لذي قرابته الذين لا يرثون بالخمس، أو الربع، وكلام عمر السَّالف ذكره في الوصية بالعشر، وهذا الخبر وشواهده محمولة على من له ورثه استدلالاً بحديث سعد بن أبي وقاص المتفق عليه، وسيأتي.

والوجه في ذلك: هو مراعاة حال ورثته وقرابتهم بما بقي من ثلثه صلة لهم منه، وسواء كانت الوصية بذلك في قربه للموصي أو لغيره أم لا، وسواء كانت لغير الوارث من القرابة أم لا، أو للوارث على الخلاف المذكور.

(15/3)

وقد اختلف العلماء في تعيين الأقل، فأمير المؤمنين علي بن أبي طالب عليه السلام، وابن عباس، وأبو بكر، وعمر، وجمهور الصحابة فمن بعدهم، وبه قال الناصر، وأصحاب الشافعي، إلى أن المستحب هو الخمس، وما قل منه فهو الأفضل.

وبه قال إسحاق بن راهوية، وهو المعروف من مذهب الشافعي، وقال قتادة: أوصى أبو بكر بالخمس، وأوصى عمر بالربع، والخمس أحب إليَّ.

وفي (الكشاف): كان الصحابة - رضي الله عنهم - يستحبون أن لا تبلغ الوصية الثلث، وأن الخمس أفضل من الربع، والربع أفضل من الثلث، وهو منطوق الخبر.

ورواه أبو الشيخ من طريق علي، والبيهقي من طريق ابن عباس، وقال قتادة: ((الخمس معروف، والربع جهد)) .

وأخرجه الدارمي من طريق الشعبي مرسلاً، قال: إنما كانوا - أي الصحابة - يوصون بالخمس وبالربع، وأخرج الشيخان والنسائي من طريق ابن عباس، أن ابن عباس كان يقول: لو غض الناس في الوصية من الثلث إلى الربع .. إلى آخر ما تقدم، وتقدم عن إبراهيم النخعي: ((إن السدس أحب)) وعن عمر: ((إلى العشر)) .

واحتج أبو بكر، ومن قال بالخمس، بالقياس على الخمس من الغنيمة، قال أبو بكر: ((ألا أوصي من مالي بما رضي الله به من غنائم المسلمين)) وبحديث الأصل وشواهده.

واحتج من قال بالربع بحديث الأصل وشواهده، وبما أخرجه الطبراني من طريق عثمان بن عبد

الرحمن المخزومي، عن أبيه، عن جده، أن سعداً سأل النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن الوصية؟ فقال له: الربع، ورجاله ثقات. انتهى.

(16/3)

ويحتج لمن تقدم، ولمن قال بالسدس، ومن قال بالعشر، بما في حديث سعد بن أبي وقاص المتفق عليه، بقوله: ((والثلث كثير ، إنك إن تذر ورثتك أغنياء ..)) الحديث وسيأتي، وكل منهم قدَّر ما ذكرنا، لإبقاء ما يستغني به الوارث.

وحديث (المجموع) بالخمس والربع أولى من السدس، والعشر إذ لم يكونا بالتفريط ولا بالإفراط، وللإتفاق عليهما دون السدس والعشر، وليس في كلامهم حجة، ولا لكلامهما حجة، بخلاف كلام أمير المؤمنين علي فهو عندنا حجة، لأنه مع القرآن والحق والقرآن والحق معه، كما ثبت بالنص، والله أعلم.

وذهب آخرون إلى أن المستحب الثلث وهو الحكم الثالث، قوله: ((ومن أوصى بالثلث فلم يترك شيئاً)) يدل على أحكام.

الأول: على شرعية الوصية بالثلث فما دون، وأن الثلث لا يمنع منه الميت، وأن من أوصى بالثلث فقد استوفى ما جعل له الشارع في آخر حياته في متروكه زيادة في عمله ولم يترك لورثته شيئاً مماله، وأن الثلث هو نهاية ما للمذكور من ماله في آخر حياته.

الثاني: على أنّ الأولى الإقتصار عليه من غير زيادة، وهذا هو المتبادر الذي فهمه ابن عباس فقال: ((وددت أن الناس غضوا عن الثلث إلى الربع في الوصية)).

الثالث:أن التصدق بالثلث هو الأكمل، أي كثير أجره.

الرّابع: على منع الوصية فأكثر من الثلث لمن له وارث، وعلى هذا استقر الإجماع، وظاهر الخبر الإطلاق فيمن قل ماله أو كثر، وسواء كان الايصاء بالثلث، أو بما دونه، لقربة أم لغيرها، لغير وارث إجماعاً أم لوارث على الخلاف المذكور في الحديث قبل هذا.

(17/3)

ولا خلاف بين علماء الأمصار: أن الثلث هو نهاية ما جعل الشارع لكل أحد من متروكه في آخر حياته زيادة في حسناته، بحديث الذي أعتق ستة أعبد في مرضه وليس له مال غيرهم، فأقرع النبي صلى الله عليه وآله وسلم فأعتق اثنين، وأرق الأربعة، وسيأتي الكلام عليه .

واحتجوا بما في حديث سعد بن أبي وقاص المتفق عليه وقد تقدم، وفيه: ((الثلث كثيراً وكبير)) يروى بالمثلثة وبالموحدة على أنه شك من الراوي، وقع ذلك في البخاري، ومثله وقع في النسائي، وأكثر الروايات بالمثلثة ووصف الثلث بالكثرة بالنسبة إلى ما دونه.
وبما أخرجه أبو داود، والبيهقي، وغيرهما، من طريق معاذ بن جبل، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: ((إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة في أعمالكم)).
وأخرجه الدارقطني بإسناد فيه إسماعيل بن عياش، وشيخه عتبة بن حميد حجازي ضعيف، والعقيلي من حديث أبي بكر بإسناد فيه متروك، وأخرجه أحمد والبزار من حديث أبي الدرداء، وابن ماجة، وأبو داود، والبيهقي من حديث أبي هريرة، بإسناد ابن عياش، وشيخه المذكور، وهما ضعيفان، وإن كان لهم في رواية إسماعيل تفصيل معروف.
ومعنى: ((تصدق عليكم)): ندبكم إلى التصدق بالثلث زيادة لكم في أعمالكم، كما ثبتت هذه الزيادة في بعض طرق الحديث؛ لما في (التلخيص) بلفظ حديث: ((إن الله أعطاكم ثلث أموالكم آخر أعماركم زيادة في أعمالكم)).

(18/3)

الدارقطني، والبيهقي، من حديث أبي أمامة عن معاذ، بلفظ: ((إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة لكم في حسناتكم، فيجعل لكم زكاة في أموالكم)) وفيه إسماعيل بن عياش وشيخه عتبة بن حميد، وهما ضعيفان.
ورواه أحمد من حديث أبي الدرداء، ولفظه: ((إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة في أعمالكم)) وإسناده ضعيف، وفي الباب عن أبي بكر الصديق، رواه العقيلي في (تاريخ الضعفاء) من طريق حفص بن عمر بن ميمون وهو متروك، وعن خالد بن عبيد الله السلمي وهو مختلف في صحبته، رواه عنه ابنه الحارث وهو مجهول. انتهى.
قال السهيلي في (المعرفة): وفيه طلحة بن عمر، وهو ضعيف غير قوي، إلا أنه قد روي بإسناد شامي عن معاذ، قاله الحافظ ابن حجر، وفي (بلوغ المرام): وكلها ضعيفة، ولكن قد تقوي بعضها بعضاً.
وذكر البيهقي في (باب الوصية بالثلث) من طريق القعنبي، عن مالك، عن ابن شهاب، عن عامر بن سعد، عن أبيه سعد بن أبي وقاص، قال: جاءني رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يعودني في عام حجة الوداع، وفيه: أفاتصدق بثلثي مالي؟ قال: ((لا)). قال: قلت: فبالشطر؟ قال: ((لا)). قال: فقلت: فبالثلث؟ قال: ((الثلث والثلث كثير)) .

وفائدة قوله: ((والثلث كثير)) بيان الجواز بالثلث، وأن الأولى أن ينقص عنه ولا يزيد، وفي شرح (بلوغ المرام): وهو الذي يتبادر إلى الفهم ويحتمل أن يكون لبيان أن التصدق بالثلث هو الأكمل، وهو المراد بما في حديث الأصل بقوله: ((ومن أوصى بالثلث فلم يترك شيئاً)) المراد كثير أجره، ويحتمل أن يكون معناه كثير غير قليل.

(19/3)

قال الشافعي: وهذا أولى من علله . يعني أن الكثرة أمر نسبي . ورواه في (مجمع الزوائد) مختصراً عن شداد بن أوس.

وذكره في (التلخيص) قال: متفق عليه، ورواه الطبراني، وفيه الوليد بن محمد الموقري وهو متروك، وأخرجه البخاري في (الصحيح) عن عبد الله بن يوسف، عن مالك، وعن أحمد بن يوسف.

وأخرجه مسلم في ((صحيحه)) عن أبي الطاهر وحرملة، عن ابن وهب، عن يونس، وأخرجه عن يحيى بن يحيى، وأخرجه ابن القطان.

ورواه شعيب بن حمزة، وعبد العزيز بن أبي سلمة، ومعمر، عن الزهري، وخالفهم سفيان بن عيينة، فقال: عام الفتح.

ورواه في (مجمع الزوائد) أيضاً من طريق عمرو القاري، ورواه الطبراني بلفظ: إن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم دخل على سعد بن مالك يوم الفتح وهو بمكة، بعد ما انطلق إلى حنين ورجع إلى الجعرانة، وقسم الغنائم، ثم طاف بالبيت والصفاء والمروة.. وذكر الحديث وفيه عياض بن عمرو القاري.

ولم يخرجه أحد ولم يوثقه أحد، وفي الخبر اختلاف في أوله، ويدل بمجموع طرقه: أن الوصية بالثلث نهاية ما للمذكور في الإيصاء من ماله في آخر حياته زيادة في أعماله.

فائدة: أول من أوصى بالثلث في الإسلام البراء بن معرور بمهملات، أوصى به للنبي صلى الله عليه وآله وسلم، وكان قد مات قبل قدوم النبي صلى الله عليه وآله وسلم المدينة بشهر، وعند قدوم النبي صلى الله عليه وآله وسلم المدينة سأل عنه؟ فقالوا: مات يا رسول الله وأوصى لك بالثلث فقبله صلى الله عليه وآله وسلم، ورده على ورثته .

أخرجه الحاكم، وابن المنذر، وأبو داود، في رواية لأبي داود ورده على ولده.

(20/3)

(تنبيه): قد ذكرنا في المسألة الرابعة مما دل عليه الحكم الثالث على منع الوصية بما فوق الثلث لمن له وارث، وعدم نفوذ الزائد على الثلث، وعلى ذلك استقر الإجماع.

وظاهر الخبر: أنه لا فرق في الوصية بذلك بين الصحة والمرض؛ لدلالة ما تقدم في أدلة من أوجب السعاية في (باب العتاق) من ذلك ما أخرجه البيهقي، حديث الرجل من بني عذرة: أن رجلاً منهم أعتق مملوكاً له عند موته، وليس له مال غيره، فأعتق النبي صلى الله عليه وآله وسلم ثلثه، وأمره أن يسعى في الثلثين.

وما ذكرنا في المسألة الأولى فيما أخرجه مسلم، والنسائي، وأبو داود، من طريق عمران بن حصين: أن رجلاً أعتق ستة مملوكين، لم يكن له مال غيرهم، فدعاهم النبي صلى الله عليه وآله وسلم، وجزأهم أثلاثاً، ثم أقرع بينهم، فأعتق اثنين، وأرق أربعة.

وزاد أبو داود: إن الرجل كان من الأنصار، وأنه قال: لو شهدته قبل أن يدفن لم يقبر في مقابر المسلمين، وقد أبهم مسلم هذه المقالة، فذكره بلفظ: فقال له قولاً شديداً ـ انتهى.

وذكره في (التلخيص) وفيه دلالة على أن الزيادة في الوصية محظورة، لما في الخبر من الوعيد على ذلك، ويؤيد ذلك دلالة الأخذ والرد بين رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وبين سعد بن أبي وقاص في حديثه السالف ذكره فإذنه لسعد بأن يوصي بالثلث لا غير، وقال: ((الثلث كثير)) يجعله معياراً في قدر المخرج، ولا يتجاوزه إلى ما فوقه، ليكون عملاً بجميع ما قضت به الأدلة.

(21/3)

وأخرجه مالك، عن يحيى بن سعيد، وعن غير واحد عن الحسن بن أبي الحسن البصري، وعن محمد بن سيرين: ((أن رجلاً في زمان النبي صلى الله عليه وآله وسلم أعتق عبيداً ستة)) وصله النسائي من طريق قتادة، وحميد الطويل، وسماك بن حرب، ثلاثتهم عن الحسن، عن عمران بن حصين.

ووصله بن عبد البر من طريق يزيد بن إبراهيم، عن الحسن، وابن سيرين، عن عمران بن حصين، وقال: رواه عن الحسن جماعة منهم غير من ذكره أشعث بن عبد الملك، ويوسف بن عبيد، ومبارك بن فضالة، وخالد الحذاء.

ووصله مسلم من طريق هشام، وأبو داود من طريق أيوب، ويحيى بن عتيق، ثلاثتهم عن محمد بن سيرين، عن عمران بن حصين به، وفيه: لم يكن له مال غيرهم، ومثل ذلك روي عن مالك.
وقد ذكره المؤلف ـ رضي الله عنه ـ في (باب الهبة والصدقة) قال: على أن بعضهم جعله دليلاً ـ

أيضاً ـ على منع الصدقة بأكثر من الثلث، بدليل أن في بعض طرقه بلفظ: ((إن أتصدق بمالي ..)) انتهى.

قال المحقق الجلال: النهي عن الزيادة عن الثلث يقتضي الفساد، ولا وجه لتخصيص النهي بحالة المرض، لأنها زمان النهي لا قيد له ـ انتهى.

ويشهد لذلك ما أخرجه أبو داود، من حديث كعب بن مالك في قصته، قال: قلت يا رسول الله إنَّ من توبتي إلى الله أن أخرج من مالي كله إلى الله وإلى رسول صدقة ؟ قال: ((لا)) قلت: فنصفه؟ قال: ((لا)) قلت: فثلثه؟ فقال: ((نعم)) قال المنذري: فيه محمد بن إسحاق.

(22/3)

وأجيب بأنه قد صرح بالتحدث، وقد تقدم للمؤلف ـ رضي الله عنه ـ في (باب الهبة والصدقة) على قبوله خبره مطلقاً، وأخرجه أبو داود من طريق عبد الله بن عمر، نا سفيان بن عيينة، عن الزهري، عن أبي كعب بن مالك، عن أبيه، أنه قال: فذكره ـ انتهى.

والأدلة في هذا الباب جاءت مطلقة كما ذكرنا الآن وسابقاً، ومقيدة بما إذا أجاز الوارث ما زاد على الثلث، وبه قال الجمهور لإسقاط الورثة لحقهم الزائد على الثلث بالإجازة، وجعلوا الوصية بالزائد على الثلث كالبيع الموقوف ينفذ مع الإجازة.

والخلاف لأهل الظاهر، والمزني، وقواه السبكي، وغيره، وبه قال ابن حزم: إن الوصية لا تجوز بأكثر من الثلث، سواء كان له وارث، وأجاز، أو لم يجز، أو لم يكن له وارث، ونسبه ابن حزم إلى ابن شبرمة، والحسن بن حي، والشافعي، وأحمد، وأبو سليمان.

والوجه في ذلك: أنه باطل، والإجازة لا تلحق التبرعات الباطلة، وقال مالك: إن زادت وصيته عن الثلث بيسير كالدرهمين، ونحو ذلك، جازت الوصية في كل ذلك، ونسبه ابن حزم إلى الحسن البصري، وأبي حنيفة وشريك القاضي، وإسحاق بن راهوية ـ انتهى.

احتج الأولون على سائر عقود الفضولي وتبرعاته الموقوفة النافذة مع الإجازة.

واحتج الآخرون بحديث عمران بن حصين في الذي أعتق ستة أعبد في وصيته لا يملك غيرهم المذكور سابقاً، ولم ينقل أنه راجع الورثة، فدل على منعه مطلقاً ولو أجاز الوارث.

(23/3)

وبحديث سعد بن أبي وقاص المذكور أولاً، فنهاه صلى الله عليه وآله وسلم عن الزيادة على الثلث، والنهي يقتضي الفساد، لكن لا وجه لتخصيص النهي بحالة المرض، لأنها زمان للنهي لا قيد له، وحينئذ يدل على ما قاله الهادي في (الهبة) من عدم نفوذها إلا من الثلث، ولأن التبرع بما فوقه سرف، والسرف منهيّ عنه، والنّهي يقتضي الفساد.

واحتج مالك ومن معه بما أخرجه ابن حزم من طريق حماد بن سلمة، أن أبا العالية الرباحي أعتقته مولاته سائبة، فلما احتضر أوصى بماله لغيرها، فخاصمت في ذلك، فقضى لها بالميراث . انتهى.

قلت: ليس فيه ما يحتج به لمالك ومن معه، وظاهره الحجة لابن حزم ومن معه، ورده ابن حزم بأنه خلاف الخبر، هذا واعلم أن سبب الخلاف بين من تقدم، الاختلاف في المفهوم في قوله صلى الله عليه وآله وسلم في حجة الوداع على الصحيح في حديث سعد بن أبي وقاص المتفق عليه: ((وإنك إن تذر ..)) وفي رواية البخاري: ((إن تذرهم ..)) وعند أبي داود: ((إن تترك ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة)) جمع عائل هو الفقير ((يتكففون الناس)) أي فقراً يسألونهم الصدقة بأكفهم هل يفهم منه علة المنع من الوصية بأكثر من الثلث وبما دون الثلث، وأن السبب في ذلك رعاية حق الوراث، وأنه إذا تيقن ذلك انتفى الحكم بالمنع، أو يجعل الحكم تعبديًّا، وإن علل بعلة فلا يتعدى الحكم، ويجعل المسلمين بمنزلة الورثة، كما هو قول المؤيد بالله، وأحد قولي الشافعي، فالمجيزون قالوا: جعل رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في أنه لا يتجاوز الثلث في الوصية أن يغني الورثة والمانعون إلى أن الحكم في ذلك تعبّديّ.

قال ابن حزم: بيان ذلك أن من ترك ورثة كثيرة، ولم يخلف غير أربعة دراهم، فلا يصح منه الإيصاء بالثلث، ولا بما دونه، والحال أنه يصح منه الإيصاء بالثلث، مع أنه ليس لهم غنى فيما يترك.

وكذا لو خلف ولداً، وترك من المال الشيء الكثير الواسع بما يغني ولد ولده البعض من المخلف أن له أن يوصى بأكثر من الثلث، وليس له ذلك عند الجميع إلا بثلث ماله، فلو

كانت العلة غنى الوارث لما صح في المسألة الأولى بالثلث، وفي الثانية أن يوصي بأكثر من الثلث؛ لأن له فيما بقي فوق الغنى، فلو كانت العلة غنى الوارث لروعي ما يغنيه على حسب قلة المال وكثرته، وهذا باطل عند الجميع، والأدلة مطبقة على الثلث فما دون.

والمعتبر الوقف، حيث وقفت الأدلة مع أن إجازة الورثة لما زاد على الثلث في الوصية كعدمها، إذ لا حق لهم في مال مورثهم في حياته، ولا ملك لا فيما زاد على الثلث، ولا فيما دونه، وإلا لجاز لهم التصرف بما زاد على الثلث في حياة مورثهم، ولم يقل بذلك أحد من العلماء.

انتهى.

قال البدر الأمير: ((والأظهر أن العلة متعدية [متعدلة في السبل] وأنه ينتفي الحكم في حق من له وارث معين)) . انتهى .

قال النووي: ((وفي الحديث مراعاة العدل بين الورثة والوصية.

وقال العلماء: إن كانت الورثة أغنياء استحب استغراق الثلث بالوصية، وإلا استحب أن ينقص، وأما الزيادة عليه فمحرمة إن كان يقصد حرمان الوارث، وإلا فلا يحرم ولا ينفذ إلا بإجازته، سواء كان وارث أم لا.

وفي الحديث الحث على صلة الرحم، والإحسان إلى القريب، والشفقة على الوارث، وأن صلة القريب الأقرب أفضل من الأبعد..إلى أن قال: واستدل به بعضهم على ترجيح الغنى على الفقر)) . انتهى.

وفي الاستدلال به نظر . انتهى.

(26/3)

فلو أجاز الوصية بأكثر من الثلث نفذت لإسقاطهم حقهم، وإلى هذا ذهب الجمهور، وخالفت الظاهرية، والمزني، وحجة الجميع حديث ابن عباس المتقدم، وفيه: ((..إلا أن يشاء الورثة)) فالجمهور جعلوه فيما زاد على الثلث للوارث أو لغيره، أو في الثلث للوارث، والظاهرية، والمزني قالوا: لأجرٍ لإجازتهم.

قال الأمير: والظاهر معهم، لأنه صلى الله عليه وآله وسلم لما نهي عن الوصية للوراث قيدها بقوله: ((إلا أن يشاء الورثة)) وأطلق لما منع من الوصيَّة بالزائد على الثلث، وليس لنا تقييد ما أطلقه، والجمهور أخذ والقيد من التعليل بقوله: ((إنك إن تذر ..)) إلى آخره، فإنه دل على أن المنع من الزيادة من الثلث كان مراعاة لحق الورثة، فإن أجازوا سقط حقهم، ولا يخلوا عن قوة هذا في الوصية للوراث، قاله البدر الأمير، قال: وإنه حسن يعمل به . انتهى .

واختلف الجمهور فيمن رجع من الورثة عن الإجازة أو كلهم في حياة مورثهم، فذهب الناصر، والصادق، ومن تابعهما، وبه قال الزهري، واختاره أكثر الجمهور، إلى أنه لا يصح لهم الرجوع في حياة مورثهم، لأنهم أسقطوا بالإجازة الحق الذي ثبت لهم في حياة مورثهم.
وذكر في (المغني) عن القاسمية، أن لهم الرجوع، وقال الإمام مالك: إن أجازوا في حال مرض موته فلا رجوع لهم، إلا أن يكون في عياله ونفقته فلهم الرجوع، وإن كان في حال الصحة ثبت لهم الرجوع إذا مات.

(27/3)

ووجه التفرقه: أنه قد قوى حق الوارث بالمرض، واستثنى بعض المالكية ما إذا كان المجيز من عائلة الوصي، وخشي من امتناعه انقطاع معروفه عنه لو عاش، فإن له الرجوع، وقال الزهري: ليس له الرجوع مطلقاً.
احتج الأولون بقوله تعالى:{ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ }[المائدة:1] والإجازة من الورثة عقد قد التزموه، فعليهم الوفاء به.
قال ابن حزم: ولقد كان يلزم من أجاز العتق قبل الملك والطلاق وقبل النكاح، أن نقول بإلزامهم، هذا وهم لا يقولون به، ورده بإنما أمر الله بالوفاء بالعقود التي أمر بها نصاً أو أباحها نصاً.
وأما من عقد معصية فما أمر الله بالوفاء بها، بل حرم عليه ذلك،كمن عقد على نفسه أن يزني، أو يشرب الخمر، والزيادة على الثلث معصية منهي عنها . انتهى.
واحتجت القاسمية بأن الحق لهم يتجدد فيصح الرجوع، قال ابن حزم: وأما قول مالك فلا نعلمه لأحد قبله ولا نعلمه له حجة أصلاً، قال: لأن المال لا يخلو كله أو بعضه من أن يكون لمالكه في صحته وفي مرضه، أو يكون كله أو بعضه للورثة في صحته ومرضه، إن كان الأول فلا أذن للورثة فيه من المحال الباطل جوازتهم فيما لا حق فيهم، وفيما هو حرام عليهم حتى لو سرقوا منه ما يجب القطع يوجبه القطع على من سرقه، وقد يموت أحدهم قبل موت المريض فيرثه، ولا سبيل إلى أن يقول أحد: أن شيئاً من مال المريض لوارثه قبل موت المورث؛ لما ذكرنا، فبطل هذا القول بيقين، وإن كان الثاني فلا سبيل إلى القول بذلك . انتهى.

(28/3)

وأما بعد وفاة مورثهم، فقال الهادي في (الأحكام) وهو قول الحسن، وعطاء، والزهري، وابن أبي ليلى، واختاره الجمهور: أنه لا يصح له الرجوع.

وذكر الهادي في (الفنون) والمؤيد بالله، وأبو حنيفة، والشافعي: أنه يصح له الرجوع.

احتج الأولون بأن الحق قد انقطع بالموت، فحصل وهو منقطع فلم ينفع الرجوع.

واحتج الآخرون بأن الحق إنما يستقر بالموت، والإجازة وقعت قبل الموت، فأشبهت الإجازة قبل البيع.

أجاب الأولون بأن تقارن استقراره والموت والإسقاط دائم، فالرجوع بعد سقوطه ولا يصح، وأمّا إذا أذن الورثة للوصي في أكثر من الثلث، فقال عطاء، والحسن، والزهري، وربيعة، وحماد بن أبي سليمان، وعبد الملك بن يعلى، ومحمد بن أبي ليلى، والأوزاعي: أنه لا رجوع لهم، ولم يخصوا أذناً في صحة من أذن في مرض، وبه قال عثمان البتي، وابن أبي ليلى، والهادي في (الأحكام) ولفظه: ((لو أنَّ الموصي استأذن الورثة في أن يوصي بأكثر من الثلث فأذنوا له ذلك، وأجازوه، جازت الوصية لو لم يكن لهم أن يردوها بعد موته)) . انتهى.

وفي (أصول الأحكام): وجه ما قاله في (الأحكام): ((أن الزائد على الثلث حق للورثة إذا رضيوا بإسقاط حقهم سقط وجرى مجرى الوصية بالثلث، إذ هو مالكه، ولا حق لهم فيه قبل موته . انتهى.

(29/3)

وعن مالك: لا رجوع لهم إن كان استأذنهم في حال المرض، فإن كان استأذنهم في حال الصحة فلهم الرجوع، وقال شريح، وطاووس، والحكم بن عيينة، والنخعي، والشعبي، وسفيان الثوري، والحسن بن حي، وأبو حنيفة، وأصحابه، والشافعي، وأبو ثور، وأحمد بن حنبل إذ أذنوا له في مرضه، أو عند موته، أو في صحته، بأن يوصي بأكثر من الثلث لم يلزمهم، ولهم الرجوع إذا مات، ولا يجوز ذلك حتى يجيزوها بعد الموت.

وبه قال محمد بن منصور، والحسن بن صالح، وعبيد الله بن الحسن، وقال يحيى في (الفنون): يجوز لهم الرجوع بعد موت الموصي، وبه قال المؤيد بالله، ووجهه: أن إجازتهم وقعت فيما لا يملكوه، لأنهم لا يملكون الميراث إلا بعد موته، فلم تصح إجازتهم، ولعله من أسقط الشفعة قبل البيع.

قلت: وظاهر كلامهم: أنه لا يجوز الزيادة في الوصية على الثلث لبعد الموت أصلاً، قال ابن حزم، وروي من طريق وكيع، عن عتبة بن عبد الله بن عتبة بن مسعود، عن محمد بن عبيد الله

الثقفي، عن القاسم بن عبد الرحمن: أن رجلاً استأمر [لعلها استأذن] ورثته في أن يوصي بأكثر من الثلث فأذنوا له، فلما مات رجعوا فسئل ابن مسعود؟ فقال: لهم ذلك .

وأخرج - أيضاً - من طريق أبي هريرة، وعروة بن الزبير، ولم يعرف لهما مخالف من الصحابة أبطلوا ما خالف السنة في الوصية، ولم يجيزوه، ولم يشترط رضاء الورثة، وهو قول المزني، وأبي سليمان، والظاهرية.

(30/3)
